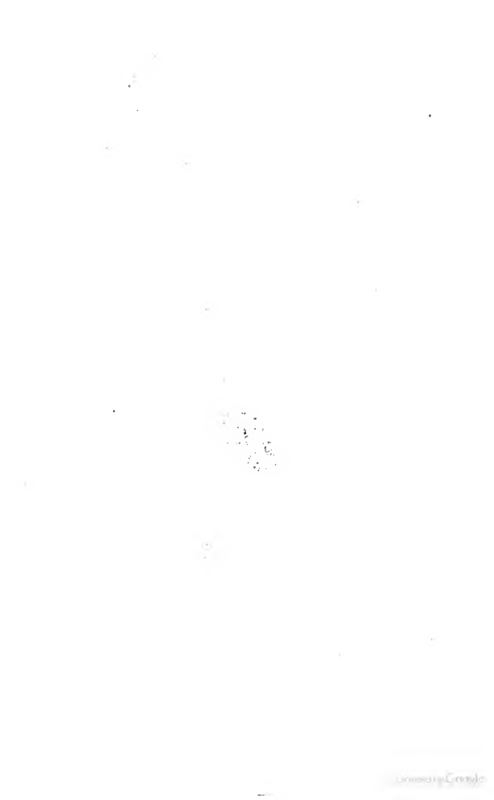



201
26 C
20







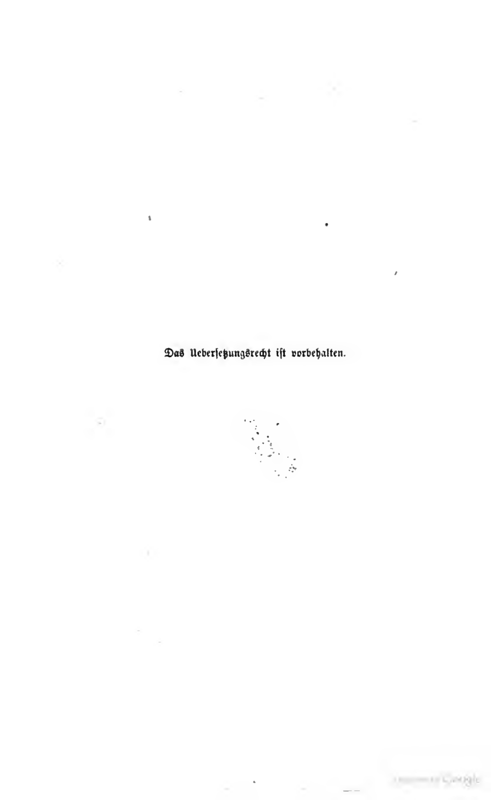


Cultur und Recht der Römer.

Von

Wilhelm Arnold,
ord. Professor der Rechte an der Universität Marburg.

Berlin,
Ferd. Dümmler's Verlagsbuchhandlung.
(Harrwitz und Goßmann.)
1868.



Herrn Geheimen Justizrath

Adolf Friedrich Rudorff



in dankbarer Verehrung.

Εἰ δή τις ἐξ ἀρχῆς τὰ πράγματα φυόμενα βλέψειεν, ὥσπερ ἐν τοῖς ἄλλοις καὶ ἐν τούτοις κάλλιστ' ἂν οὕτω θεωρήσειεν.

Aristoteles Polit. I. 1, 3.

Vorrede.

Ob es schon an der Zeit ist, eine zusammenfassende Arbeit über römisches Recht zu unternehmen, mag vielleicht bezweifelt werden. Denn so groß die Fortschritte sein mögen, die wir durch die historische Schule gemacht haben, so stehen wir doch erst am Anfang einer tiefern Einsicht in den allmählichen Bildungsprozeß desselben. Offenbar hat seine praktische Anwendung der unbefangenen wissenschaftlichen Prüfung früher sehr geschadet. Auch ist die romanistische Litteratur seit dem letzten Jahrzehent wieder in so eifriger Thätigkeit, daß gerade für die nächste Zeit nicht unerhebliche Aufschlüsse zu erwarten sind.

Dazu kam für den Verfasser noch ein persönliches Bedenken. Er ist nicht einmal Romanist von Fach und hätte wohl schon dadurch sich von dem Versuch abgeschreckt fühlen sollen.

Indeß früher oder später mußte eine Arbeit wie die vorliegende doch unternommen werden. Daß sie der Verfasser lieber einem Romanisten überlassen hätte, wird man ihm gern glauben. Allein auf die unbestimmte Aussicht hin, daß sie möglicher Weise später besser geliefert werden könnte, durfte er nicht warten. Sein Ziel geht auf eine Geschichte der Reception des römischen Rechts, um diese aber im Zusammenhang mit der Cultur des 15. und 16. Jahrhunderts darzustellen, mußte er zuvor untersuchen, wie das römische Recht sich im Alterthum entwickelt und in welchem Zusammenhang es mit dem Leben seiner Zeit gestanden hat. So blieb ihm nichts übrig, als sie selbst an die Hand zu nehmen, auch auf die Gefahr hin, daß sie vielleicht bald von Andern überholt werde. Sie war bei dem Plan, den der Verfasser gefaßt hat, unumgänglich. Wenn er bekennt, daß er mit geringen Unter-

vermeidlich war, hat er das Eine und Andere berührt, alles Specielle aber in die Anmerkungen verwiesen. Daß er im Einzelnen oft statt ältere Räthsel zu lösen nur neue andeutet, wird keinem Romanisten entgehen. Es hat ihn mitunter freilich große Ueberwindung gekostet, die Fäden welche er in der Hand zu haben glaubte wieder fallen zu lassen. Aber es mußte geschehen, wenn der ursprüngliche Plan und Zweck der Arbeit eingehalten werden sollte — das unvermeidliche Loos Aller, die überhaupt so weit aussehende allgemeine Arbeiten unternehmen.

Ebenso gut könnte man ihm den andern Vorwurf machen, daß er Bekanntes nicht selten nur wiederholt. Indeß war die Rücksicht auf den Zusammenhang der Darstellung dafür entscheidend. Diese hätte sich sonst in eine Reihe von Aphorismen aufgelöst, was bei einem Buch, das vor Allem auf Lesbarkeit Anspruch macht, am wenigsten verzeihlich gewesen wäre.

Daß dagegen die Arbeit für den Verfasser selbst nicht immer eine angenehme war, will er bereitwillig zugestehen, selbst wenn es als Appell an die Geneigtheit der Leser gedeutet werden möchte. Er weiß den Werth specieller Untersuchungen und den Reiz, den sie darbieten, zu sehr zu schätzen, als daß ihn eine Art encyklopädischer Uebersicht überall hätte befriedigen können. Auch die Nothwendigkeit, ebenso sehr aus den Darstellungen zweiter Hand wie aus den Quellen schöpfen zu müssen, war keine erfreuliche.

Vor Allem aber schwebte ihm der Gedanke an die Mißgunst vor, mit welcher gerade juristische Arbeiten allgemeiner Art neuerdings in der Regel aufgenommen werden. Seitdem Beseler mit seinem Buch über Volksrecht und Juristenrecht den Anfang gemacht hat, sind eine Reihe von Schriften ähnlicher Tendenz erschienen: sie gehen alle von dem lebhaften Bedürfniß aus, das Verhältniß zwischen römischem und deutschem Recht und ihre praktische Bedeutung für die Gegenwart endlich in's Klare zu stellen. Aber von dem Buch Beseler's an bis auf Ihering's Geist des römischen Rechts haben alle reichlich Mißgunst erfahren, ist vielleicht keines nach Gebühr gewürdigt worden. Hätte sich der Verfasser zu beklagen, wenn seiner Arbeit das gleiche Schicksal zu Theil werden sollte?

Gewiß Bedenken genug, die es von vornherein zweifelhaft machten, ob die Aufgabe eine dankbare sei. Dennoch hat er sie gewagt, weil er von ihrer Nothwendigkeit auf das Tiefste überzeugt war. Er weiß sich nur mit den Worten von Knies zu trösten, die dieser einmal bei einer ähnlichen Gelegenheit braucht. „Ueber die Wichtigkeit der Aufgabe wird Niemand in Zweifel sein, es sei denn, daß er zu denjenigen gehört, welche wähnen, auch die geringste praktische Detailarbeit fördere mehr als die allerdings weit anstrengenderen Arbeiten über den allgemeinen Charakter der Wissenschaft."

Es steht bei dem Leser, ob und in wie weit er dem Verfasser mit Nachsicht und Wohlwollen für sein immerhin bedenkliches Unternehmen begegnen will. Vielleicht hat er einigen Anspruch darauf; in jedem Fall ist er zunächst darauf angewiesen. Ueber den schließlichen Erfolg seiner Arbeit wird indeß nur die Zukunft entscheiden, je nachdem sie einen größern oder kleinern Gewinn von ihr ziehen und sie als Ausgangspunkt zu neuen Untersuchungen brauchen kann.

Das aber ist sich der Verfasser bewußt, daß er mit Ernst und Eifer gearbeitet und das aufrichtige Streben gehabt hat, dem römischen Recht eine objective und vorurtheilslose Würdigung angedeihen zu lassen. Und so kann er nur wiederholen, was er schon in seiner Schrift über Cultur und Rechtsleben ausgesprochen hat, daß er wenigstens den richtigen Weg zu zeigen glaubt, der uns zu dem was noth thut führen kann: zu einer freien und unbefangenen Kritik des römischen Rechts.

Denn was von der Antike und der Renaissance überhaupt gilt, gilt auch vom römischen Recht. Die klassische Form, die so wie sie ist doch nicht unmittelbar auf moderne Gedanken übertragen werden kann, soll nur erwecken und anregen, nicht unterjochen und fesseln.

Inhalts-Uebersicht.

Seite

Einleitung.

Erstes Buch.

Ansicht der römischen Staats- und Rechtsentwicklung.

Erstes Capitel.

Zweites Capitel.

Seite

Zweites Buch.

Das Vermögensrecht.

Erstes Capitel.

Zweites Capitel.

Drittes Capitel.

Drittes Buch.

Das Familien- und Erbrecht.

Erstes Capitel.

Zweites Capitel.

Einleitung.

Wie die Griechen das welthistorische Volk der Kunst, so sind die Römer das welthistorische Volk des Rechts. Noch heute erfreuen wir uns in gleicher Weise an den edeln Formen eines griechischen Bildwerks, wie an der einfachen Harmonie und Consequenz des römischen Rechts. Wohl mag es eine kalte Schönheit sein, die nicht die tiefsten Seiten unseres Innern berührt; dennoch können wir nicht aufhören immer wieder von Neuem an ihr zu lernen.

Das römische Volk, das am spätesten in die Geschicke der Mittelmeerstaaten eingriff, war dazu auserſehen die Bildung der alten Welt in sich aufzunehmen und einer neuen zu überliefern. Darum mündet die Geschichte der alten Völker zuletzt in die römische, wie ein Strom seine Nebenflüsse aufnimmt, deren Gebiet er beherrscht. So war das römische Volk das einzige, welches im Alterthum einen größeren Staat von bleibendem Bestand gegründet hat; es ist auch das einzige gewesen, das ein allgemeines, bürgerliches Recht geschaffen hat. In Kunst und Wissenschaft hat es wenig mehr gethan, als griechische Muster nachzuahmen, in seiner Staats- und Rechtsbildung dagegen ist es völlig neu und eigenthümlich aufgetreten. Dort hat es von einem ältern Culturvolk gelernt und angenommen, hier hat es umgekehrt die jüngern Nationen gemeistert und belehrt. Der Staat zwar ist vergangen und hat unter den Stürmen der Völkerwanderung einer christlich-

germanischen Verfassung Platz gemacht, das Recht aber hat im Mittelalter ein neues Leben begonnen und bis heute seinen Werth behauptet.

Und doch wäre auch ohne das römische Reich keine römische Kirche, kein deutsches Kaiserthum, kein Mittelalter, keine Gemeinschaft der modernen Culturvölker möglich gewesen. Es vereinigte noch nach seinem Untergange die abendländischen Völker, vermittelte die Ueberlieferung des Christenthums wie der klassischen Bildung und gab Romanen und Germanen ein Gefühl der Zusammengehörigkeit, das sie fortan jeder fremden Cultur als Einheit gegenüberstellte. Nur die römische Verfassung konnte nicht auf die spätern Völker übergehen; an ihre Stelle trat die germanische, als Anfang einer neuen Entwicklung, die bald auch durch das Christenthum getragen und gehoben wurde. Sie hat ein reicheres und höheres Leben entfaltet: durchdrungen von der Anerkennung des Mannigfaltigen, dem Geist des wahren Erhaltens, der wahren Freiheit hat sie eine viel größere Bildungsfähigkeit und Dauer bewiesen. Zwar haben die romanischen Völker in ihrer Verfassung selbstverständlich mehr von dem römischen Wesen angenommen oder beibehalten als die germanischen, indeß ruhte zunächst ihre Verfassung nicht minder auf den Einrichtungen, welche die eingewanderten germanischen Stämme mitbrachten oder in der Folge bei sich ausbildeten, in Spanien wie in Italien, in Gallien wie in Burgund. Und je mehr von dem Wesen und Charakter römischer Verfassung auf die jüngern romanischen Völker übergegangen ist, desto rascher haben sie ihre Bahn durchlaufen; es ist als ob mit dem römischen Staatsprincip, das auf Unterdrückung der Theile im Ganzen ausgeht, die Möglichkeit einer längern und vielseitigen Entwickelung abgeschnitten sei. Dagegen verdanken auch die Germanen den eigentlich staatsbildenden Trieb erst der Berührung mit dem römischen Reich. Denn daß die ersten germanischen Reiche, die auf römischem Boden gegründet wurden, von dem geschlossenen römischen Staatsorganismus die mannigfachsten politischen Impulse empfingen, ist eine bekannte Thatsache. Und ob die deutschen Stämme, die sich später zu einem besondern deutschen Reich ver-

banden, ohne den Gedanken des römischen Kaiserthums im Mittelalter zusammengehalten hätten, wer vermöchte es zu behaupten? So ruht die ganze mittelalterliche Ordnung auf dem Contact römischer und germanischer Cultur und der schon im römischen Reich vollzogenen Verbindung des Staats mit der Kirche. Alle neuern Culturvölker haben an der römischen Verfassung gelernt und sich auf ihrem Grund entwickelt, alle haben von den fremden Einrichtungen angenommen und sie nachgebildet, die romanischen mehr, die germanischen weniger. Es war eine Verbindung und Durchdringung römischer und germanischer Elemente, durch welche der alte Staat mit neuem Geist und Leben erfüllt, und die Germanen überhaupt erst zur Stufe eines politischen Lebens emporgehoben wurden.

Noch in viel eingreifenderer Weise hat das römische Recht auf die jüngeren Völker gewirkt. Es hat nicht bloß wie der römische Staat die vielseitigste Anregung zur Entwicklung gegeben, sondern dauert in gewissem Sinne noch als Bestandtheil unseres heutigen Lebens fort. Denn nachdem das römische Volk zuerst im Alterthum das Privatrecht dem Staate selbständig gegenüber gestellt, alle Vermögens- und Verkehrsverhältnisse der alten Welt rechtlich formulirt und das Recht durch die Jurisprudenz endlich auch wissenschaftlich durchgebildet hatte, ist dieses Recht gleich den anderen großen Ueberlieferungen des Alterthums im Mittelalter von Neuem bearbeitet und zu Ende des fünfzehnten Jahrhunderts wieder als praktisch gültiges bei uns eingeführt worden. Eben darum nennen wir die Römer das welthistorische Volk des Rechts. Wie große geschichtliche Erscheinungen nicht bloß der Vergangenheit gegenüber Epoche machen, sondern fort und fort auf die Zukunft wirken, so steht auch das römische Recht sowohl für das Alterthum, wie für die neuere Zeit Epoche machend da.

Kein vorrömisches Volk, selbst das griechische nicht, hat sich zu dem Gedanken eines eigenen Privatrechts erheben können: nirgends wurde Staats- und Privatrecht, Gemeinwohl und Eigenthum, Recht und Sitte so scharf und bestimmt unterschieden, wie in Rom. Und doch beruht gerade auf dieser Unterscheidung die Selbständig-

keit und Sicherheit alles Privatrechts. Das römische Jus civile ist deshalb nicht ein Recht wie das griechische oder phönicische, sondern es ist das Recht des Alterthums, das erste wahre Privatrecht überhaupt.

Aber auch für die neuere Zeit ist es Epoche machend gewesen. Seine Wiedereinführung im fünfzehnten und sechzehnten Jahrhundert bezeichnet so gut wie die Reformation der Kirche oder die Entdeckung von Amerika einen neuen Culturabschnitt. Zwar den Gedanken eines selbständigen Privatrechts hatten die Germanen von Haus aus mitgebracht, sie brauchten ihn nicht von den Römern zu borgen, ja er trat mit solcher Entschiedenheit auf, daß umgekehrt lange Zeit die Entwicklung des Staates darüber aufgehalten oder verkümmert wurde. Aber die zersplitterte Staats- und Rechtsbildung des Mittelalters hatte nicht die Kraft, rechtserzeugende Organe zu schaffen, die mit den großen Fortschritten der Cultur gleichen Schritt hielten, wie es im Alterthum die römischen gethan hatten; sie vermochte nicht den Zusammenhang des Rechts mit dem Leben festzuhalten, wie es dem einheitlichen römischen Recht in glücklichster Weise gelungen war. Für die Verhältnisse des Mittelalters reichte unser Recht vollkommen aus. Für die spätern dagegen, und zumal die heutige Cultur hätte es einer durchgreifenden Umbildung bedurft. Nur Eine Rechtsquelle wäre am Ende des fünfzehnten Jahrhunderts im Stande gewesen eine solche vorzunehmen, die Rechtswissenschaft. Aber an dieser fehlte es gerade. So hat sich erst an der Reception des römischen Rechts eine deutsche Rechtswissenschaft entwickelt, die nun für unser Recht das Gleiche thun soll, was im Alterthum die römische gethan hat.

Ihre Aufgabe ist erst zum Theil gelöst. Allein, daß sie das ist und mit Hülfe des römischen Rechts werden konnte, berechtigt uns zu der Hoffnung, sie werde mit seiner Hülfe künftig auch vollständig gelöst werden. Denn nicht der materielle Inhalt des römischen Rechts kann bleibende Bedeutung für uns haben. Die Zeit wird eine andere und das Recht mit ihr. Unser Eigenthum ist nicht das römische, denn unser Vermögen besteht aus ganz andern oder anders gearteten Elementen als das römische; unser

Obligationenrecht ist nicht das römische, denn die heutigen Verkehrsverhältnisse sind andere und weit mannigfachere, wie im alten Rom; und ebenso wenig ist unser heutiges Familien- und Erbrecht das römische, weil unser Familienleben und das davon abhängige Erbrecht andere sind als im alten Rom. Nicht bloß der thatsächliche, dem Recht zu Grund liegende Stoff, sondern auch unsere sittlichen Anschauungen und logischen Constructionen sind von den römischen wesentlich verschieden. Das aber wird alle Zeit die Aufgabe des Rechts bleiben, Wege und Mittel zu finden, wie es der fortschreitenden Culturbewegung auf dem Fuße nachfolgen kann. Es wird alle Zeit auch die Aufgabe unserer Rechtswissenschaft bleiben, das factisch Unbestimmte rechtlich zu bestimmen, die schwankenden Gebilde des Verkehrs zu formuliren und ihnen rechtlichen Ausdruck zu verschaffen. Und hierin sind und bleiben die Römer unübertroffene Meister. Der materielle Werth des römischen Rechts ist vergangen wie die Cultur, für welche es bestimmt war. Der formelle dagegen, die Meisterschaft der Entwickelung und vor Allem der wissenschaftlichen Methode dauern unverändert noch heute fort. Der Buchstabe des römischen Rechts bindet uns nicht mehr, denn kein Volk kann mit seinem Recht die Cultur mechanisch abschließen, und auch die einmal erfolgte Reception des römischen Rechts ändert daran nichts; um so tiefer aber werden wir dafür in den Geist desselben eindringen, um so mehr seinen Zusammenhang mit dem römischen Leben kennen lernen und an den Mustern der klassischen Jurisprudenz die Mittel und Formen uns zu eigen machen müssen, um selbstthätig und schöpferisch frei zu verfahren.

Es soll nun auf den folgenden Blättern der Versuch gemacht werden zu zeigen, wie das römische Volk seine Aufgabe gelöst und den starken Rechtssinn, der ihm gegeben war, zur Entfaltung gebracht hat. Nachdem wir in einem vorlaufenden Theil der Darstellung das Wesen des Rechts näher untersucht und seinen Zusammenhang mit der Cultur im Allgemeinen nachgewiesen haben, wird es die nächste Aufgabe sein, diesen Zusammenhang für das römische Recht im Einzelnen weiter zu verfolgen und von unserm Stand-

punkt aus, doch in möglichst unbefangener Weise, zugleich eine Kritik desselben zu geben. Es soll einmal der eigentliche Gehalt des römischen Rechts nach seiner stofflichen Seite und seine Stellung zur Gegenwart, und sodann die römische Rechtsentwicklung als solche nach ihrer nationalen und mehr formellen Seite gewürdigt werden. Hieraus wird sich von selbst ergeben, was daran unsere Bewunderung und wenn möglich unsere Nachahmung verdient.

Um unseren Hauptzweck nicht aus dem Auge zu verlieren wird es nöthig sein, daß wir zuvor einen Blick auf die Entwicklung des römischen Volks überhaupt werfen. Vielleicht, daß auf diese Weise ein anschaulicheres Bild der Rechtsgeschichte gewonnen wird, als wenn wir uns gleich von vornherein mit ihr allein beschäftigten. Denn was das Recht dem römischen Volk war, wie es als Theil des römischen Lebens sich entwickelt hat, das wird erst dann verständlich, wenn wir von der römischen Gesammtcultur ausgehen und eine Uebersicht ihrer Ergebnisse an die Spitze unserer Betrachtung stellen. Es kommt uns natürlich dabei nicht auf einen Auszug der römischen Geschichte, sondern nur auf den innern Verlauf und die Resultate derselben an.

So gliedert sich die folgende Darstellung sachgemäß in drei Abschnitte. Der erste behandelt in der angedeuteten Weise die römische Staats- und Rechtsentwicklung überhaupt. Der zweite wendet sich zum Privatrecht selbst und zwar zunächst zu den Grundzügen desselben und den beiden Haupttheilen des reinen Vermögensrechts: Sachen und Forderungen. Der dritte endlich hat es mit dem Familien- und Erbrecht zu thun.

Erstes Buch.

Die römische Staats- und Rechtsentwicklung im Allgemeinen.

Erstes Capitel.

Politisches und wirthschaftliches Leben.

Das größte Reich des Alterthums nahm von dem kleinsten Punkt seinen Ausgang. Ein unbedeutender Handelsplatz war es, dem einst die Weltherrschaft zufallen sollte; kaum fünf Quadratmeilen groß wird das ursprüngliche Gebiet der Stadt geschätzt. Aber immerhin war es eine Stadt, womit die römische Geschichte begann, und was mehr sagen will, eine wenn auch nicht von Haus aus auf den Handel gegründete, doch auf den Handel angewiesene Stadt. Denn die neuesten Untersuchungen haben es bestätigt, was die Rechtsgeschichte schon längst vorauszusetzen schien, daß Rom von Anfang an der natürliche Handelsplatz und bald auch die natürliche Hauptstadt von Latium war: an der schiffbaren Tiber, nur wenige Meilen von ihrem Ausfluß, an einer für den Ackerbau minder ergiebigen, für den Verkehr aber um so vortheilhafteren Stelle. Die feste Lage kam hinzu, die den Verkehr sicherte und die Stadt zugleich zur natürlichen Festung machte. Mochten die Geschlechter, welche bei der ersten Ansiedelung das Gebiet eingenommen hatten, auch rein ackerbauende sein, die eigentlich treibende Kraft, die in Rom eine selbst für antike Verhältnisse rasche Entfaltung herbeiführte, war der Handel. Darauf deuten eine Menge von Umständen, die nur zu dieser Annahme stimmen und wieder erst durch sie erklärt werden: daß die Sage schon an König Numa die Stiftung von Zünften anknüpft (Flötenbläser, Goldarbeiter, Zimmerleute, Färber, Schuster, Gerber, Schmiede und Töpfer), während unmittelbar vorher erst Romulus den Ackerbau eingeführt

haben soll; daß Rom von allen italienischen Staaten zuerst eignes Geld schlug; daß gleich mit dem Beginn der beglaubigten Geschichte die Geschlechter einem gedrückten Bauerstand weniger als große Grundbesitzer wie als reiche Capitalisten gegenüber stehen; endlich die frühen Handelsverträge mit auswärtigen Staaten, die verhältnißmäßig große Bevölkerung auf kleinem Raum und das Princip der Centralisation, das so alt ist wie die Stadt.

Ganz besonders aber führt uns die Beschaffenheit des Rechts darauf, da selbst das älteste Jus civile, soviel wir davon wissen, nur ein dürftiges Sachenrecht, dagegen ein schon im Keim reiches Obligationenrecht kennt. Die einheitliche Entwicklung des römischen Staats hat uns gewöhnt, eine solche in Italien überhaupt vorauszusetzen. Aber wie man neuerdings eine Reihe italischer Dialekte an das Licht gezogen und mit Geschick und Glück erklärt hat, so müssen wir auch das Dasein italischer Stammrechte und ihre Fortdauer bis zum Bundesgenossenkrieg annehmen. Wären sie uns erhalten, so würden wir ohne Frage darin das Gegenstück zum römischen Recht finden, ein Sachenrecht, in welchem der Grundbesitz stärker hervortrat, und ein Obligationenrecht, das in der Anlage unvollkommen, keiner weiteren Ausbildung fähig war. Jetzt bleibt uns nur das römische Recht, aber dieses redet auch für sich allein deutlich genug.

Es war keine Verbindung stammverwandter Völker, von welcher das römische Staats- und Rechtsleben ausging, es war Eine Stadt und Ein Staat, der mit der innern Einheit begann und diese bis zu seinem Ende behauptete. Deshalb ist es ein wesentlicher Fortschritt, wenn die neuere Geschichts- und Rechtswissenschaft bis auf die punischen Kriege nur von einer Stadtverfassung und einem Stadtrecht redet.

Denn wie im Alterthum Städte und Staaten regelmäßig zusammenfielen, so erscheint diese Identität vor Allem in Rom. So giebt es im Lateinischen für Stadt und Staat immer nur Ausdrücke, die beides zugleich bezeichnen, weil beide bis auf die Kaiserzeit in der That identisch blieben. Das ging soweit, daß die Möglichkeit einer Erweiterung der Stadt auch rechtlich an die Er-

weiterung des Staats geknüpft war, selbst als man aufgehört hatte, die besiegten Feinde und ihre Götter wirklich nach Rom überzusiedeln: nur wer das Territorium des Staats vergrößert hatte, durfte das Pomörium der Stadt vorschieben. Civitas ist Bürgerschaft, herrschende Gemeinde, Staat oder Stadt im subjectiven Sinn; res publica eigentlich das was dem Volk gehört, das gemeine Wesen, also Staat oder Stadt im objectiven Sinne. Es sind abstracte Begriffe, die einer localen Beziehung entbehren, daher den nächsten Gegensatz von Staat und Stadt gar nicht berühren. Urbs ist Mauerring und geht wie pagus, vicus oder villa umgekehrt nur auf das Oertliche, so daß wieder der andere Gegensatz, der in der Verfassung liegt, nicht getroffen wird. Municipes und municipium gehen auf das Abhängigkeitsverhältniß von Rom, imperium ist die ihnen gegenüberstehende Herrschaft der Civitas oder des Kaisers. Insofern die Municipien selbst Stadtgemeinden sind, das Imperium der römischen Civitas aber sich zum Reich erweitert hat, kommen die Begriffe im Sinn der Kaiserzeit unseren Begriffen von Stadt und Staat am nächsten, der eigentliche Gegensatz, den wir damit verbinden, wird aber auch durch diese Ausdrücke nicht getroffen. Wie die Verhältnisse des spätern römischen Reichs den Uebergang zur modernen Entwicklung bilden, so zeigt sich dies politisch namentlich in der Stellung der Städte zum Staat: der Unterschied von Staats- und Stadtverfassung tritt deutlich hervor, und die Begriffe beginnen sich auch sprachlich zu scheiden.

Indeß die ältern Ausdrücke der Sprache mußten bis auf die letzte Zeit die Identität von Stadt und Staat festhalten, während wir umgekehrt kein Wort haben, welches wie Civitas oder Respublica beides zugleich bedeutet. Es verdiente wohl eine nähere Untersuchung wann der Ausdruck Staat bei uns aufgekommen ist; in dem heutigen Sinn ist er keinenfalls älter als zweihundert Jahre, weil erst im sechszehnten Jahrhundert sich der moderne Staat entwickelt hat, ebenso wie das Wort Stadt in unserem Sinn nicht höher hinaufgeht als zum dreizehnten Jahrhundert, weil damals erst unsere Städte entstanden. Staat ist eigentlich Stand, Zustand,

das heißt des gemeinen Wesens, der Verfassung, status rei publicae, aber mit dem Nebenbegriff von Schmuck, Zierde, weshalb das Wort nicht wie im Lateinischen Stat, sondern Staat geschrieben wird. Stadt ist zunächst nichts weiter als Ort, Statt, locus. Als aber einzelne Orte anfingen, sich durch ein besonderes städtisches Leben und eine besondere Verfassung vor den übrigen auszuzeichnen, begann man einen Unterschied in der Schreibung einzuführen und diese Orte nicht mehr Stätte, sondern im Gegensatz zu den andern Städte zu nennen. Doch dauerte die ältere Schreibung daneben längere Zeit fort, wie viele Ortsnamen zeigen, und noch im vorigen Jahrhundert schrieb man abwechselnd Statt und Stadt. Das Mittelhochdeutsche kennt weder Stadt noch Staat in unserem heutigen technischen Sinn.

So klein der römische Staat war, so intensiv war seine Kraft. Fest und geschlossen rückte er nach allen Seiten vor, ohne auf Eroberungen auszugehen, aber das einmal Gewonnene zäh und hartnäckig festhaltend. Mit jedem Schritt, den er vorwärts that, wuchs seine Kraft, da er bei jeder Erweiterung die fremde Kraft in sich aufnahm. Er unterwarf ein Land nach dem andern, verwandelte ihr mannigfaltiges Wesen in eine gleichförmige „Civilisation" und ließ sie fortan nur als Bestandtheile, nicht mehr als selbständige Glieder des Ganzen gelten. Statt die Gegensätze anzuerkennen, löste er sie der Reihe nach auf, langsam aber sicher. Er hat nicht bloß erobert und geherrscht, er hat die fremden Völker auch zersetzt und romanisirt. Allen hat er den Stempel des eigenen Gepräges aufgedrückt. Wenigstens im Westen des römischen Reiches ist die Latinisirung vollständig durchgedrungen, während in den östlichen Provinzen die ältere griechische Cultur die Oberhand behielt. Spanier, Franzosen, Italiener und Wallachen geben sich noch heute als Tochtervölker der römischen Nation zu erkennen; nur im Osten mußte die überlegene hellenische Bildung anerkannt werden, wie sie durch Alexander den Großen sichergestellt und verbreitet worden war. Mit der Geschichte des römischen Volks beginnt deshalb ein Centralisiren und Nivelliren, wie es die Welt noch nie gesehen hatte und nicht zum zweiten Mal sehen wird.

Unsere Sprache hat dafür kein Wort; sie muß für die undeutsche Sache den undeutschen Ausdruck beibehalten, so wenig wie wir das romanische „Uniform" übersetzen können. Denn unserer Art ist eine solche Entwicklung, die nur dem Mittelpunkt ein eignes Leben gönnt und alles Andere mit der Hand des Todes berührt, im Innersten zuwider. Um so merkwürdiger erscheint uns das Volk, wie es von unscheinbaren Anfängen aus ein Weltreich gründete, die verschiedenartigsten Länder und Völker sich assimilirte und mit seiner Verfassung zuletzt den Erdkreis umspannte, ohne ihren einheitlichen Grundcharakter zu opfern. Nicht die Stadt ging wie man erwarten sollte im Reich, sondern das Reich allmählich in der Stadt auf. Sie blieb der Staat, alle Staatsbürger waren Bürger von Rom und nur diese cives optimo iure, der Senat bildete die Obrigkeit der Stadt wie des Reichs. Mit dem Untergang der Republik mußte sich freilich das Verhältniß ändern. Aber es blieb im Wesentlichen dennoch dasselbe, nur daß der Kaiser an die Stelle der Stadt trat. In der Sache machte es keinen Unterschied, ob eine Stadt oder eine Person das Haupt des Ganzen sei. Aehnlich wie noch die goldnen Bullen des Mittelalters das Verhältniß darstellen: auf der einen Seite das Bild des Kaisers, auf der andern das der Stadt Rom mit der Umschrift: Roma caput mundi regit orbis frena rotundi.

Vielleicht war es eine glückliche Mischung, der das älteste römische Volk seinen Ursprung verdankt. Schon in frühester Zeit verschmolzen latinische und sabinische Elemente und vollzogen zunächst in der Stadt eine Einigung, die späterhin für Italien sich in großartigerem Maßstab wiederholte. Man hat die Sabiner den Doriern, die Latiner den Joniern verglichen. In diesem Fall war es gewiß ein günstiger Umstand, daß der Staat aus einer Verbindung der beiden wichtigsten italischen Stämme hervorging und einen Gegensatz, der die Alleinherrschaft des Einen im Entstehen bedroht hätte, gar nicht aufkommen ließ. Wenigstens hat das griechische Volk an dem Gegensatz von Jonismus und Dorismus, den es nicht zu überwinden vermochte, frühzeitig seine Kraft aufgerieben. Es verdankt ihm seine Blüthe, aber auch den raschen

Verfall und Untergang seines Staatswesens. Als dagegen Rom die Eigenthümlichkeit latinischen und sabinischen Wesens zuerst in sich ausgeglichen hatte, konnte es im Innern erstarkt leicht die stammverwandten Völker Italiens in seine Bahnen ziehen. Wohl leisteten die Samniten eine Zeit lang tapfern Widerstand, aber der Kampf war ungleicher wie der, welchen Athen gegen Sparta führte. Der Ausgang konnte nicht zweifelhaft sein, da Rom als politisch geeinigte Macht für die Bildung von Italien kämpfte, während das politisch unverbundene Bergvolk nur seine Freiheit und Selbständigkeit vertheidigen wollte. Aus einem ähnlichen Grund mußten tausend Jahre später die Sachsen sich die Verbindung mit dem fränkischen Reich gefallen lassen. Aber die Art der Unterwerfung beider Völker war himmelweit verschieden: die Sachsen traten als gleichberechtigter Stamm neben die Franken und behielten ihre Eigenthümlichkeit in Sprache, Recht und Sitte, das samnitische Volk wurde zersetzt und büßte sein Recht und seine Mundart ein. Deutlicher kann der Unterschied römischer und deutscher Staatsbildung wohl nicht zu Tage treten; dort Auflösung und Vernichtung, hier Schonung und Anerkennung des Besondern und Eigenartigen.

Das griechische Volk hat die Gegensätze der Stammes-Verschiedenheit nicht zu überwinden vermocht; das italische brachte einen Stamm zur Herrschaft und vernichtete die andern; das deutsche hat es versucht, die zusammengehörigen Stämme zu einem Ganzen zu verbinden und in der Einheit zugleich die Mannigfaltigkeit zu bewahren.

Was von dem römischen Wesen dem einen oder anderen Stamm angehören mag, ist freilich schwer und im Einzelnen mit Sicherheit gar nicht mehr zu bestimmen. Sabinisch mag die ausdauernde Kraft sein, die ackerbauende Völker auszeichnet, die ursprüngliche Einfachheit und Strenge im häuslichen Leben, das treue Festhalten an väterlicher Sitte, der fromme Glaube an die heimatlichen Götter, vielleicht auch der Sinn für ein selbständiges Privatrecht dem Staate gegenüber. Die Latiner brachten den gewaltigen Trieb der Staatsbildung mit, die Fähigkeit politisch zu

gestalten, das Streben nach Einheit und unbedingter Herrschaft des Staats über seine Angehörigen. Ihrem Stamm gehörten die Tarquinier, Servius Tullius und die Hauptmasse der Plebs an, die aus den unterworfenen Nachbarstädten nach Rom verpflanzt ward.

Von Anfang an erscheint das Bewußtsein des Staats lebendig. Wie das im Alterthum, wo der Staat aus der Stadt hervorgeht und dadurch sichtbare Gestalt gewinnt, überhaupt der Fall ist, so ganz besonders in Rom, wo der politische Sinn des Volks dies Bewußtsein noch verstärkte. Daher in Rom wie in Griechenland schon in ältester Zeit die Erscheinung, daß Gesetzgeber frei und ungebunden in die Verfassung des Staats eingreifen, sie willkürlich abändern und umgestalten; ein Verfahren, welches dem Mittelalter völlig unbekannt ist. Es liegt das nicht bloß an der geringeren Heiligkeit des Rechts bei den Alten. Die Römer hatten ursprünglich eine ebenso große Ehrfurcht vor dem Recht als die Germanen; aber die Scheu zu ändern ward leichter überwunden, sobald der Gedanke des Staats in den Gemüthern Wurzel gefaßt hatte. Und das eben war im Alterthum in überaus früher Zeit der Fall. Mit welcher Kunst aber Servius Tullius den römischen Staat ordnete, beweist der Umstand, daß seine Verfassung bis auf die Bürgerkriege im Wesentlichen bleiben konnte; freilich haben die Römer nicht wie die Griechen um bloßer Parteizwecke willen neue Verfassungen gemacht, wenigstens nicht in ihrer guten Zeit.

Daher in Rom ferner von Anfang an die strenge Scheidung zwischen Staats- und Privatrecht, welche Griechenland noch nicht kannte, weil es das Privatrecht nicht vom Staat zu emancipiren vermochte. Auch dem Mittelalter blieb sie noch unbekannt, weil umgekehrt hier die privatrechtliche Natur des Staats fortdauerte. Wohl mochte die Scheidung begünstigt werden durch die Stellung der Plebs, die eine Zeit lang nur des Privatrechts fähig, von den politischen Rechten aber ausgeschlossen war. Indeß würde es doch an einer wesentlichen Vorbedingung dazu gefehlt haben, wenn der Staat nicht schon zum Bewußtsein gekommen wäre.

Das Alles hängt mit der rascheren Entwicklung der alten Völker überhaupt zusammen, ebenso wie diese selbst wieder durch das frühe

Erwachen des Staatsgedankens befördert werden mußte. Das Leben der alten Völker war enger begrenzt, ihre Aufgaben minder umfassend, ihre Entfaltung einseitiger; man sollte fast glauben, es habe eine Theilung der Arbeit Statt gefunden, so wenig haben die Griechen in Politik und Recht, die Römer in Kunst und Literatur geleistet. Daher erscheint denn auch die Gesammtentwicklung der alten Völker lebhafter, schneller, glänzender als die unsere. Ihre Geschichte beginnt mit Schifffahrt, Handel und Geldverkehr, gleich als verstehe sich das von selbst, während die historisch jüngern Germanen fast ein Jahrtausend brauchten, um dazu zu gelangen; die Geburtsstände verschwinden so früh, daß es schwer wird, sie noch vollkommen klar und deutlich zu erkennen; ebenso rasch folgen die Formen der Verfassung auf einander, Monarchie, Aristokratie, Demokratie; natürlich mußte man dem Wechsel der gesellschaftlichen Zustände durch Umgestaltung auf politischem Gebiet zu Hilfe kommen. Wie Pallas aus dem Haupt des Zeus tritt die griechische Kunst ins Dasein, fast im Anfang schon so formvollendet als später, eine einzige Blüthe, die sich nur zu erschließen braucht, um Alles mit ihrem Glanz und Duft zu erfüllen. Und ebenso geharnischt tritt der römische Staat in die Welt. Er hatte wohl längere Zeit nöthig, um zur Entwicklung zu gelangen, wie ja die Römer von allen Völkern der alten Welt die weiteste Bahn zu durchlaufen hatten. Aber auch er brauchte doch nur äußerlich zu wachsen. Innerlich war er zur Zeit des Servius schon ebenso vollendet wie zu der des Cäsar oder Augustus: seine geschlossene Einheit, seine absolute Herrschaft sind durch die ganze römische Geschichte dieselben geblieben.

Es war ein einfaches und schlichtes Volk, geistig nicht gerade reich begabt, das mit einem Mal so energisch in die Geschichte eingriff. Minder empfänglich für das Gefühls- und Gemüthsleben, daher auch minder empfänglich für Poesie und Kunst, schien seine geistige Begabung recht eigentlich für die Ausbildung von Staat und Recht bestimmt zu sein. Dem Idealen abgeneigt war es mehr auf das Praktische und Nützliche gerichtet; es ist vollkommen treffend, wenn Mommsen bemerkt, daß es nicht daran gedacht

habe, die Welt erobern zu wollen, sondern daß ihm die Herrschaft über sie durch die Gunst der Umstände zugefallen sei. Verständig und nüchtern, klar und sicher, aber auch hart und streng hat es eine Logik entwickelt, die unerbittlich in ihren Consequenzen selbst die Schranken der Natur zu überspringen sucht. Ein einmal aufgestelltes Princip wird oft bis zum Widersinnigen festgehalten: so theilt es die Aecker in regelmäßige Vierecke, ohne die natürlichen Grenzen zu beachten. Die gleiche Abstraction findet sich auf geistigem Gebiet. Sein Glaube verwandelte die Götter in Begriffe, das Recht Leben und Verkehr in dürre Formeln; dort ließ es die Persönlichkeit der Götter, hier den dem Recht zu Grund liegenden thatsächlichen Stoff fallen. Darum kann auch der Staat nicht wie in Griechenland dem Einzelnen die Freiheit selbständiger Entwicklung gewähren; die Persönlichkeit geht in der Civitas auf, ein Bürger ist wie der andere, das gleiche Rechtssubjekt, nicht mehr und nicht weniger: Appius Claudius wird von den Göttern geblendet, weil sein Scharfblick weiter sah, als die Alltagsweisheit der Andern. Mit gutem Grund hat man die geringe Zahl und Bedeutungslosigkeit der Eigennamen hervorgehoben. Welche reiche Fülle des Lebens spiegeln uns dagegen die deutschen Eigennamen ab!

Nur die Sprache, obgleich logisch und scharf bestimmt wie das Recht, erscheint minder abstract; es ist als ob das Volk wenigstens nach einer Seite hin des Concreten bedurft hätte. Hier mag die Abneigung gegen Speculation und Idealismus mit der Vorliebe für das Reale und Greifbare zusammengewirkt haben, das Begriffliche und Abstracte zurückzudrängen. Den Charakter logischer Schärfe und Bestimmtheit hat aber auch die Sprache im höchsten Grad. Klar, durchsichtig und fest war sie wie keine andere zur Rechtssprache geeignet und hat als solche erst ihre volle Kraft entfaltet. Alles was Cäsar und Cicero geschrieben haben, so meisterhaft es stylisirt sein mag, steht weit hinter den Schriften der klassischen Juristen zurück, weil die Sprache erst hier ihre eigentliche Bestimmung erreicht. Wie die Sprache der Kirchenväter nicht mehr die klassische, dieser aber doch darin überlegen ist, daß

sie ihr wieder einen lebendigen Inhalt verleiht, so in ähnlicher Weise die der Juristen, indem sie die nationalen Rechtsgedanken zum Ausdruck bringt. Dem Geist des Christenthums mußte die Sprache erst angepaßt werden, gerade so wie später die deutsche, der begrifflichen Fassung des Rechts kam sie von Haus aus entgegen, da sie mit dem Recht groß geworden war. Es giebt keine vollkommenere Rechtssprache als die lateinische; weder das Griechische noch das Deutsche können sich nach dieser Seite hin mit ihr messen, denn gerade die Beschränkung der Abstraction macht sie zur festen und deutlichen Formulirung der Rechtsbegriffe besonders geeignet.

So erscheint Charakter und Wesen der Römer in eigenthümlicher Mischung: concret und praktisch in der Politik und Speculation, abstract in Cultus und Recht. Es ist eben der Rationalismus und die hausbackene Nützlichkeit, die alle Gebiete des römischen Lebens durchdringen.

Rein und unverdorben war das Volk als es seine Laufbahn begann, unberührt von fremder Cultur und Verderbniß, noch jugendlich frisch wie tausend Jahre später die Germanen. Auch bei ihm lag seine Zukunft in der strengen Zucht und Sitte des Hauses, in seiner gesunden und derben Naturkraft, in der inexhausta pubertas, der leiblichen, geistigen und sittlichen Mannhaftigkeit, wie sie Tacitus später den Germanen nachrühmt. Im Norden die halb rohen, halb entarteten Etrusker, im Süden die überfeinerten und üppigen Griechen, die beide nur Söldnerheere in's Feld stellten —: so war nach der Abwehr der Kelten und der Unterwerfung von Samnium das Schicksal Italiens fast ohne Kampf entschieden. Aber Rom hütete sich, die Einheit des jungen Staats alsbald durch Aufnahme fremdartiger Länder zu gefährden. Zweihundert Jahre lang übte es seine Herrschaft nur in Form erzwungener Bundesverträge, vorläufig bemüht, das unterworfene Land durch Heerstraßen und Kolonieen an die Hauptstadt zu ketten. So wurden zuerst feste Plätze zur Bewachung des Landes und Mittelpunkte der Latinisirung geschaffen. Strahlenförmig verbreitete sich das Netz dieser Festungen und Straßen über Italien, schnitt den zu-

gewandten Völkern die Verbindung untereinander ab und machte jeden gemeinschaftlichen Widerstand unmöglich. Wie fest dasselbe geschmiedet war, bewährte sich im zweiten punischen Krieg, daß selbst ein Hannibal es nicht zu zerreißen vermochte. Nur sparsam ward das volle Bürgerrecht, wie etwa zum Lohn besonderer Treue, an einzelne Städte geschenkt; dabei ist es charakteristisch, daß im Wort Civitas Bürgerrecht und Staat auch sprachlich zusammenfallen, die Ausdehnung beider also nicht bloß der Sache, sondern auch dem Wort nach sich gleich bleibt. So langsam der Staat nach Außen wuchs, so sehr ward seine innere Kraft dadurch befördert: ehe er die eroberten Gebiete sich förmlich einverleibte, sog er zuvor ihre Kräfte auf. Erst in Folge des Bundesgenossenkriegs ging das Bürgerrecht auf alle italienischen Stämme über. Die Stadt erweiterte sich zu einem ganzen Land — **tota Italia tributim descripta est**, d. h. Italien ward der städtischen Tribuseintheilung unterworfen, die Verfassung blieb aber immer noch die alte Stadtverfassung, wie gerade die Tribuseintheilung beweist.

Mit der Eroberung von Italien waren die natürlichen Grenzen des Staats erfüllt, doch nicht die Aufgaben, welche die Geschichte dem Volk zutheilen wollte. Als es den Höhepunkt vollster Gesundheit und Kraft erreicht hatte, begannen die Kämpfe mit Karthago, und diese warfen es weit über seine nationalen Ziele hinaus.

Fast ein Jahrhundert schwankte die Entscheidung zwischen den beiden Großstaaten des Mittelmeeres, der Landmacht und der Seemacht; aber der endliche Sieg über Karthago konnte für Rom so wenig zweifelhaft sein wie ehedem über Samnium. Und wie nach dem Sieg über die Samniten Ober- und Unteritalien ihm als reife Frucht einer längst gezeitigten Entwicklung in den Schooß fielen, so nach dem Riesenkampf im zweiten punischen Krieg die westlichen und östlichen Staaten des Mittelmeeres. Im Westen war es der einer innern Entwicklung unfähige Handelsstaat mit seinen Nebenländern, im Osten das politisch ausgelebte Hellenenthum, die rasch nach einander die Beute seiner Ausdauer und Tapferkeit wurden. In den Samniterkriegen hat es Italien, im

Krieg gegen Hannibal den damaligen Erdkreis erobert; gegen Samnium focht es für die italische Bildung, gegen Karthago für die gesammte indo=germanische Cultur. Die Schlacht bei Zama legte das Schicksal der alten Welt in seine Hände. Spanien, Afrika, die großen Inseln des Mittelmeeres, Hellas und Kleinasien waren der Preis des furchtbaren Kampfes.

Zu Rom und Italien kamen nun die Provinzen als dritter Bestandtheil des Staats, überseeische Länder, die vorläufig in kein anderes Verhältniß als in das unbedingter Abhängigkeit zu ihm traten. Sie wurden durch Statthalter in monarchischer Weise regiert und sowohl vom Staat wie von den zeitweiligen Regenten als nutzbare Domänen behandelt. Damit trat ein neues und fremdes Element in die Verfassung: die verschiedene Form ihrer Regierung bildete nicht bloß einen natürlichen Gegensatz zu Rom und Italien, sondern mußte auch eine Rückwirkung auf die Verfassung der Republik ausüben. Die Provinzen riefen mit der Zeit die Monarchie ins Leben, wie diese dann eine bessere Provinzialverwaltung.

Ein einheitlicher Staat ist Rom geblieben; die Republik aber machte dem Cäsarenthum Platz, da der Staat den ins Ungeheure erweiterten Inhalt seines Gebiets nicht in der alten Weise mehr fassen konnte. Doch erfolgte der Uebergang wie immer nur allmählich — Hand in Hand mit dem innern Verfall. Als nach dem Bundesgenossenkrieg Italien in Rom aufging, traten die Provinzen zunächst an die Stelle von Italien. Auch sie wurden nun romanisirt und civilisirt; was ehedem Heerstraßen und Colonien bewirkt hatten, das thaten jetzt die Standlager und Legionen. Schon Cäsar verlieh die Civitas an mehrere spanische Gemeinden, Caracalla machte alle damals lebenden freien Einwohner des Reichs zu Bürgern, und in der spätern Zeit erlosch der Unterschied zwischen Bürgern und Fremden vollends. Sobald das despotische Regiment sich über alle Theile des Reichs ausdehnte, hörten auch die Vorrechte von Rom und Italien auf: nach und nach wurde das ganze Reich Provinz, alle Länder wurden einander gleichgestellt und auf dieselbe Art durch kaiserliche Beamte regiert. Die völlige Aus=

gleichung erfolgte in der christlichen Kaiserzeit, als auch die letzten Reste der frühern republikanischen Ordnung schwanden.

Die alte Freiheit war unwiderbringlich verloren, die Einheit des Staats aber wurde bis an das Ende behauptet. Während der Einheitsstaat der Republik auf der Stadtverfassung ruhte, war der der Monarchie auf die Provinzialverfassung gebaut. Bis auf Cäsar war Rom der Staat; dann wurde es der Kaiser: das Centralisiren und Nivelliren blieb im einen wie im andern Fall gleich.

Sobald Rom gesiegt hatte, mußte es die Bildung der alten Welt in sich aufnehmen und zu geistiger Wiedergeburt zu bringen suchen. Denn nur um den Preis fortschreitender Cultur sind Eroberungen auf die Dauer haltbar; ein Volk, welches erobert um zu herrschen, in der innern Entwicklung aber zurückbleibt, muß früher oder später andern Völkern weichen. So versuchte auch das römische Volk nach dem Sieg über die fremden Völker deren Cultur in sich aufzunehmen und zu verjüngen. Aber eine ausgelebte Welt konnte von keinem einzelnen Volk wiedergeboren werden. Mit dem Sieg nahm es nicht bloß Cultur und Bildung, sondern zugleich den Verfall und die Entsittlichung in sich auf, ohne die fremden Krankheitsstoffe ebenso leicht und glücklich wie die fremden Nationalitäten überwinden zu können. Wohl hat es diese mit seltenem Glück bekämpft und aufgelöst, doch sie alle rächten sich, indem jede das siegreiche Volk mit einem neuen Uebel ansteckte. Von Karthago kam das System der Knechtung und Aussaugung der Provinzen, von Griechenland das Gift der Ueberfeinerung und Sittenverderbniß, von Kleinasien die Sucht nach Genuß, Ueppigkeit und Schwelgerei. Zäh hat das Volk seine Eigenartigkeit in Sprache und Sitte, in Staat und Recht bewahrt, allein in seinem Kern und Wesen ist es doch ein anderes geworden, sobald es von fremder Entartung ergriffen ward. Erst hat es die übrigen Nationen zersetzt, dann ist es selber von ihnen ergriffen und mit in den Untergang gezogen worden.

Es war ein gefährliches und vermessenes Wagstück, die Welt zu erobern, ohne ihre Schäden heilen zu können. Von dem Augen-

blick an, wo seine Geschichte sich zur Weltgeschichte erweitert, wird sie zum Weltgericht. Es hat gesiegt und geherrscht wie kein anderes Volk, aber es ist auch tiefer gesunken und schmählicher verkommen als alle andern.

Begreiflicher Weise ist der Verfall nicht bloß von Außen hereingetragen, sondern durch die rasche Ausbreitung der römischen Herrschaft nur beschleunigt worden. Der erste Ursprung liegt tiefer, er ist wenn wir wollen so alt wie das Volk selbst; die Geschichte hat ihn nur entwickelt und immer tiefer und unheilbarer gemacht. Denn auch die Völker bringen — gleich dem einzelnen Menschen — Leben und Tod zugleich mit auf die Welt. Es ist ein und dieselbe Entwicklung, die erst den Aufschwung und die Blüthe, dann den Verfall und Untergang bedingt.

Das Volk hatte seinen Höhepunkt bereits überschritten, als es äußerlich die größte Macht erlangte. Als die Kraft ihre stärkste Wirkung übte, war sie selbst schon im Abnehmen. Die Epoche der Blüthe fällt zwischen die beiden ersten punischen Kriege, als der Ständekampf ausgeglichen, Italien erobert, die alte Centurienverfassung neu geordnet war. Nun wäre, wenn der Staat auf die natürlichen Grenzen hätte beschränkt bleiben können, vielleicht noch auf Jahrhunderte eine gesunde innere Entwicklung möglich gewesen, die ein gesteigertes geistiges und wirthschaftliches Culturleben herbeigeführt hätte. Allein der zweite punische Krieg zerrüttete die Grundlage der alten Bodenverfassung und damit die Kraft des Volkes, noch ehe die Kriege mit Macedonien und dem Orient auch die sittlichen Bande zu lockern anfingen. Das führt uns wieder auf die wirthschaftliche Entwicklung, von der wir ausgegangen sind, und wir wenden uns jetzt zu ihr zurück, soweit sie für unsere Zwecke nähere Beachtung verdient. Daß diese Seite der römischen Geschichte jetzt unserer Erkenntniß zugänglich geworden ist, verdanken wir vor Allem den trefflichen Untersuchungen Mommsen's, die er an verschiedenen Stellen seiner römischen Geschichte gegeben hat.[1] Wir schließen uns seiner ebenso anregenden als belehrenden Darstellung an, ohne sie im Einzelnen zu wiederholen. Vieles was mit dem Recht in entfernterem Zusammenhang

steht werden wir übergehen, Anderes dagegen was für uns wichtig ist weiter auszuführen suchen. Es kommt uns weniger auf ein Gesammtbild wie darauf an, aus dem wirthschaftlichen Leben dem politischen und rechtlichen eine neue Seite abzugewinnen.

Obwohl Rom schon in ältester Zeit eine Handelsstadt war, auf deren Märkten der Verkehr von Latium seinen natürlichen Mittelpunkt fand, so konnte es doch kein reiner Handelsstaat wie Athen oder Karthago werden. Dazu fehlten nicht allein äußere Erfordernisse, da Latium keine wichtigern Ausfuhrartikel lieferte, sondern vor Allem die innern Voraussetzungen in der Anlage des Volks. Wohl verdankt die Stadt ihr rasches Aufkommen dem Handel, der Staat aber ruhte seiner natürlichen Entwicklung nach auf dem Ackerbau. Das scheint sonderbar, da Staat und Stadt Eins waren, allein es ist dennoch so, weil die Einheit mit der weiten Ausdehnung des Gebiets nur noch eine politische oder rechtliche war. Und so konnte in der That das Emperkommen der Stadt an Handel und Verkehr geknüpft sein, die politische Verfassung aber auf dem Ackerbau und Grundbesitz ruhen.

Bis zu den punischen Kriegen blieb daher die Ansässigkeit Grundlage der politischen Rechte, und es galt noch im Jahr 312 v. Chr. als verwegene Neuerung, daß Appius Claudius die Nichtansässigen in die Tribus aufnehmen wollte. Gewiß war der älteste Servianische Census nicht in Kupferassen angesetzt, und wenn dies auch der Fall gewesen wäre, so entsprachen die Sätze doch bestimmten Ackermaaßen von 2, 5, 10, 15 und 20 Morgen: das heißt nicht das Baarkapital, sondern der Antheil am Boden war für die Ordnung des Heeres und Volkes maßgebend. Die Unterschiede des Vermögens wie der politischen Rechte richteten sich nach dem Grundbesitz, den ein Bürger hatte; nur die äußere Form der Verfassung war der griechischen Timokratie nachgebildet. Das Gleiche gilt von der reformirten Verfassung aus dem Jahre 241. Sie gab dem ansässigen Mittelstand der vier letzten Klassen das Uebergewicht, während die ursprüngliche des Servius den Schwerpunkt in die erste Klasse der Reichen gelegt hatte.

Wie die Verfassung, so ruhte auch die Eroberungspolitik auf

der Ansässigkeit. Was mit dem Schwert in der Hand gewonnen, wurde mit dem Pflug zum zweiten Mal erobert. Sonst wäre das unwiderstehliche Vordringen des Volkes, das mehr als bloße Eroberung ist, kaum zu begreifen. Auch der gesunde Conservativismus, welcher das altrömische Staatsleben durchdrang, erklärt sich daraus, daß die Hauptmasse der Bevölkerung eine ackerbauende war. So ist der lange Kampf der Stände, einige Ausnahmen abgerechnet, auf dem Weg voller Gesetzlichkeit verlaufen. Er ist es gewesen, der die Haupttugenden des Volks, Besonnenheit, Ausdauer und Mäßigung, zur Reife gebracht und seine ganze politische Kraft angespannt und entwickelt hat.

Wenn nun das Volk in der That ein ackerbauendes war, so beginnt seine Geschichte gleichwohl mit weit entwickeltern Verhältnissen als die unsere. Ohne Frage war die Bodencultur einfacher und leichter wie in Deutschland und schon aus diesem Grund ein rascherer Fortschritt möglich; aber er hängt auch mit der oben erwähnten einseitigen Entwicklung der alten Völker überhaupt zusammen. Beides wirkte Hand in Hand: das milde Klima und die Fruchtbarkeit des Bodens machten eine schnellere Entwicklung möglich, und diese konnte dann den vollen Inhalt der frühern rein ackerbauenden Stufe nicht mehr entfalten. Sei dem wie ihm wolle, Zustände wie sie bei uns bis tief in das Mittelalter fortgedauert haben, liegen bei dem römischen Volk jenseit der Geschichte. Kaum daß ein dunkler Klang von einer altitalischen Gauverfassung zu unseren Ohren dringt, und selbst bei diesen Gauen erscheinen Städte als ihre Mittelpunkte; denken wir uns Hofrecht und Hörigkeit, Frohndienste und Bodenzinse, Reallasten und Zehenten auf römischem Boden, so kommt das ebenso sonderbar heraus, wie wenn wir uns eine deutsche Centurienverfassung vorstellen wollten. Daß stipulatio ursprünglich Halmwurf bedeute, hatten die Römer selbst vergessen. Aber im Wort hat sich das Andenken an eine Zeit lebendig erhalten, in der die Form der Rechtsgeschäfte so gut wie deren Inhalt vom Ackerbau hergenommen war. Als der Handelsverkehr lebhafter wurde, kamen natürlich die Symbole ab, nur die mündliche Rede und Gegenrede blieb übrig, aus der die

bestimmte Erklärung des Willens hervorging. In ähnlicher Weise deutet das Wort peculium, wie pecunia und peculatus, auf eine Zeit, in welcher das Vermögen oder die fahrende Habe vorzugsweise in Vieh bestand. Was das Recht verwischte, hat die Sprache treuer bewahrt. Eine Spur von dem ursprünglichen Gegenstand des Peculium ist freilich geblieben: was die Sclaven für sich und ihren Sonderhaushalt mit auf die Weide trieben, war in der That auch später noch Peculium. Aber sonst erinnert nichts mehr an diese älteste Bedeutung des Instituts, vielmehr zeigt das Recht, daß man dabei eher ein eigenes Handelsgeschäft, wie eine eigene Vieh- oder Ackerwirthschaft der Sclaven und Haussöhne im Auge hatte, ein Beweis wie rasch das Leben fortgeschritten war.

So fällt denn auch der Uebergang vom Tauschhandel zum Geldverkehr oder von der Natural- zur Geldwirthschaft, der bei uns auf dem Lande erst in der jüngsten Zeit überall durchgeführt ist, in Rom bereits in die ersten Zeiten der Republik. Schon die letzten Könige ließen Kupfer in Formen gießen, die Decemvirn bereits wirkliche Münzen prägen. Geld haben wir seit den Zeiten der Merovinger auch gehabt, aber Jahrhunderte lang gar nicht, dann nur in den Städten als allgemein gültiges Tauschmittel; und selbst hier bestanden die Häuserzinse, welche die Lehenleute an die Grundherren zahlten, eine Zeit lang häufig noch in Frucht, Wein, Pfeffer und dergleichen. Wie die Bildungsstufen unseres Volks nach Ständen verschieden wurden, so in ähnlicher Weise die wirthschaftlichen: auf dem Lande dauern die alten einfachen Verhältnisse zum Theil noch heute fort, während wenige Stunden entfernt in der Stadt vielleicht ein schwunghafter Waaren- und Geldumsatz Statt findet.

In dieser Ungleichheit, die eben die Folge unserer unendlich langsamen, aber desto tiefern und reichern Entwicklung ist, liegt ein Segen, weil sie uns noch eine lange Zukunft verbürgt. Etwas Aehnliches mag eine Zeit lang wohl auch im Alterthum vorhanden gewesen sein, allein nicht in so scharfer und greller Art, daß je die förmliche Abtheilung eines Volks nach Bildungs- oder Wirthschaftsständen möglich gewesen wäre. Wenigstens wurde der Unter-

schied im Lauf der Zeit bald wieder abgeschliffen und ausgeglichen: die gleiche Bildungsstufe bei den verschiedenen Angehörigen eines Volks bezeichnet entweder den Anfang oder das Ende seiner Geschichte.

Spuren älterer wirthschaftlicher Zustände dauern allerdings noch in der historischen Zeit Roms fort. Die ersten Bußen, welche die Magistrate auferlegten, bestanden in Schafen und Rindern; das älteste Recht hatte nur sehr unbeholfene Formen der Eigenthums-Uebertragung, wie denn die res mancipi damals offenbar die einzigen Gegenstände des Verkehrs waren, für die man in der Mancipation eben eine bequemere Tauschform aufstellte; Handel und Gewerbe wurden noch verachtet, ja das Handwerk gelangte nie zu rechtem Ansehn; nur der Landbau galt für ein ehrenvolles, freier Römer würdiges Handwerk. Wir wissen, was es mit solchen nationalen Antipathien für eine Bewandtniß hat: sie sind immer ein Reflex des wirklichen Lebens. Konnte also das römische Handwerk nicht zu Ehren kommen, so heißt das so viel als es blieb unbedeutend und vermochte nicht dem Ackerbau ebenbürtig an die Seite zu treten. Hätte es sich aus der Sclaverei emporgerungen, so würden auch Freie unbeschadet ihrer Ehre sich damit befaßt haben, ebenso wie es in den deutschen Städten den Patriciern an Stand und Ehre keinen Abbruch that, daß sie Korn- und Weinhandel, Geldwechsel, die Goldschmiedekunst, Steinhauerei und andere Gewerbe trieben.

Aber es sind trotz alledem immer nur Spuren früherer Zustände, während die Verhältnisse selber auf eine fortgeschrittene Cultur hinweisen. Schon daß man ein Rind zehn Schafen gleichstellte, deutet vielleicht auf großstädtisches Leben, auch wenn die italischen Rinder noch so vortrefflich waren; bald wurden die Bußen in Geld umgesetzt, und im Prozeß immer auf eine bestimmte Summe condemnirt; der Verkehr von Rom wuchs in demselben Maß, in welchem seine Herrschaft reißend anschwoll. Darlehne, Zinswucher und Schuldenlast, die Kriterien der Geldwirthschaft, stehen am Anfang seiner Geschichte. Ebenso ist der Staatsschatz, die eigentliche Steuer und eine nach verschiedenen Geschäftszweigen geordnete

Verwaltung uralt (praetores, quaestores, aediles — Rechtspflege, Finanzen, Polizei). Getreideverkäufe aus öffentlichen Vorrathshäusern setzen schon zur Zeit des Ständekampfs eine Art Proletariat voraus; das System indirecter Finanzverwaltung, wonach die Einkünfte regelmäßig verpachtet wurden, zwar eine unverständige, aber auch künstliche und entwickelte Finanzwirthschaft. Mit einem Wort: ein Zustand, in welchem das Grundeigenthum ausschließlich Maßstab des Vermögens, und die Erzeugnisse desselben vorwiegend Tausch- und Verkehrsmittel gewesen wären, ist in der römischen Geschichte nicht mehr zu finden; das Capital hat bereits selbständige Bedeutung erlangt, neben dem herrschenden Ackerbau hat sich schon in früher Zeit zugleich ein reger Geldverkehr entwickelt. Und diese Stufe der wirthschaftlichen Cultur hat im Wesentlichen unverändert bis an das Ende fortgedauert. Die römische Geschichte beginnt mit relativ ausgebildetern Verhältnissen als die unsere, aber sie hat im weitern Verlauf aus sich heraus keine höhere Entwicklung erzeugt. Ein Fortschritt hat allerdings Statt gefunden, aber nicht wie bei uns zu höherem und reicherem Leben, sondern ein Fortschritt, der zugleich unmittelbar den Verfall einleitet. Es war nur ein äußeres Wachsthum, kein inneres.

Eine gesunde innere Entwicklung dauerte etwa bis zur Mitte des dritten Jahrhunderts v. Chr. fort, so lange der ansässige Mittelstand den Kern der Bevölkerung ausmachte. Bis dahin war Alles in bester Ordnung. Auch der große Grundbesitz gewährte so lange seine Vortheile, indem er nicht nur gesteigerte Regsamkeit in den Handel und Verkehr brachte, sondern zugleich eine Menge besitzloser Leute, Clienten, Freigelassene und arme Bürger beschäftigte. Noch war die Sclavenbevölkerung nicht zahlreich genug, um eine gedeihliche Wirthschaft des Volkes stören zu können; die große sociale Frage des Alterthums, die von ihm selber freilich kaum ernstlich angeregt wurde, lag noch in ihrer Kindheit. Denn die ältere Servitus kam der deutschen Leibeigenschaft ziemlich nahe und hatte bei den einfachen Lebensverhältnissen durchaus nichts Krankhaftes. Das Handwerk war gerade in der. ältern Zeit bedeutungsvoller als später; man sieht es den Zünften des Numa

auf den ersten Blick an, daß die Bestreitung eigentlicher Bedürfnisse Grund ihrer Entstehung war. Hier lag der Keim freier Arbeit mit seiner unendlichen Segensfülle; er mußte noch einmal verkümmern, weil das Volk nicht die Kraft hatte ihn zu entwickeln.

Daneben zeigen sich schon Keime des Verfalls. Der kleine Grundbesitz, der gerade für eine Familie ausreichte, ohne Reichthum oder Dürftigkeit hervorzurufen, wurde früh vom großen angegriffen und in immer weitern Kreisen aufgezehrt. Bei dem Princip der freien Theilbarkeit und Veräußerlichkeit des Grundbesitzes konnte das kaum anders sein. Denn da die großen Grundbesitzer auch die Großhändler waren, die wie die Patricier unserer Städte in den Erzeugnissen des Bodens zugleich die Handels- und Ausfuhrartikel lieferten, sammelte sich in ihren Händen neben dem Grundvermögen auch das Capital. Besitzende und Reiche, Besitzlose und Arme sind bis auf die letzten Zeiten der Republik identisch geblieben, ohne daß es einen besondern Stand von Kaufleuten gegeben hätte. Das System der Staatsländereien (ager publicus) mußte in Verbindung mit der ungerechten und unbilligen Steuerverfassung die Ungleichheit noch mehr befördern. Zur Occupation solcher Güter, die eben dem Feind abgenommen, gar oft verwüstet und immer eine Zeit lang' unsicherer Besitz waren, gehörte ein Anlage- und Betriebscapital: nur die Reichen waren also im Stande den Gebietszuwachs in Besitz zu nehmen und davon Vortheil zu ziehen. Landtheilungen und Einzelanweisungen (assignationes) verhielten sich zu den Staatsländereien wie die Ausnahmen zur Regel. Diese vermehrten sich bei jeder Eroberung und kamen stets von Neuem den Patriciern und Reichen zu gut, jene dienten nur in Nothfällen dazu, die Plebejer und Armen abzuspeisen. Dazu kam die unkluge Besteuerung wonach allein das Privateigenthum (dominium ex iure Quiritium), nicht die Capitalien und Staatsländereien pflichtig waren. So wurden die Armen in doppelter Art gedrückt, die Reichen in doppelter begünstigt. Jene, die nichts hatten als ihr kleines Ackergut, mußten das ganze Vermögen besteuern, ohne die Schulden in Abzug bringen zu dürfen; diese die außer ihrem Privatbesitz bedeutende Staatsgüter und Capitalausstände hatten,

steuerten nur mit dem kleinsten Theil ihres Vermögens. Eine umgekehrte Progessivsteuer, wie sie im Mittelalter auch in deutschen Städten vorkommt, daß die Steuerquote mit der Größe des Vermögens abnimmt statt zu wachsen. Wenn diese Steuer (tributum) nicht noch viel nachtheiliger wirkte als sie that, so war daran allein der Umstand schuld, daß sie nur als außerordentliche Abgabe im Fall dringender Noth erhoben und in besseren Zeiten wohl gar zurückgezahlt wurde. Aber auch so war der ackerbauende Mittelstand gefährdet genug. Mochte die römische Sitte wie bei uns das Erbgut als eine Art Heiligthum der Familie zu erhalten suchen, sie vermochte nichts, wo ein einziger Unglücksfall genügte, den kleinen Haushalt für immer zu verderben. Ging die gerichtliche Betreibung nach älterem Recht nur gegen die Person, nicht gegen das Vermögen, so war sie darum desto gefährlicher; das strenge Schuldrecht kannte keine Milde, und wenn der Gläubiger Hab und Gut genommen hatte, ergriff er zuletzt auch die Person des Schuldners.

Gleichwohl erhielt sich das wirthschaftliche Leben bis auf die punischen Kriege in Blüthe, weil die glücklichen auswärtigen Verhältnisse den Verfall und das Verderben lange Zeit aufhielten und zurückdrängten. So lange die Eroberungen fortdauerten, öffneten sich für den verarmten und besitzlosen Mittelstand immer neue Zufluchtsorte, die Colonien. Sie hatten nicht bloß eine politische, sondern auch eine wirthschaftliche Bedeutung. Nur daß über Kurz oder Lang der Krieg des großen gegen den kleinen Grundbesitz hier ebenso wie in den ursprünglichen Gebieten begann. Statt also das Uebel an der Wurzel anzugreifen, wurde es in immer weitere Kreise verschleppt. Als ganz Italien der römischen Herrschaft unterworfen und die Staatsländereien aufgetheilt waren, war keine Abhülfe mehr möglich und das Verderben brach nun in viel großartigerem Maß und mit verdoppelter Gewalt hervor.

Nach der Eroberung von Italien wäre es vielleicht dennoch zu einem gedeihlichen Fortschritt im Volksleben gekommen, wenn der Handel und das Gewerbe sich von dem Grundbesitz hätte frei machen und selbständige Bedeutung gewinnen können. Dann hätte sich ein eigener Handels- und Gewerbstand ausgebildet, der mit

der Zeit an die Stelle des ackerbauenden Mittelstandes getreten wäre und eine neue Grundlage des Staats abgegeben hätte, ähnlich wie bei uns das Bürgerthum im dreizehnten und vierzehnten Jahrhundert an die Stelle der alten Gemeinfreien trat. Wir begreifen leicht, daß dann noch auf Jahrhunderte eine innere Entwicklung möglich war, welche die verlornen Keime zur Blüthe bringen und die Kraft des Volks zu erhöhter Lebensthätigkeit wecken konnte. An der Anlage zu dieser Entwicklung fehlte es nicht, es gab auch ein Mittel sie hervorzurufen, aber ein Mittel, dessen Anwendung für das Alterthum so gut wie unmöglich war: die Abschaffung der Sclaverei. Hätte man diese in engere Grenzen bannen, mildern und endlich aufheben können, so würde man dem Handwerk freie Bahn gemacht und die Voraussetzung zu einem fruchtbaren Handel geschaffen haben, an der es in Rom von Anfang bis Ende gefehlt hat. Es wäre eine schwierige Aufgabe, aber auch die größte Erhebung des Volks gewesen, wenn es nicht blos den Landbau, sondern die Arbeit überhaupt geadelt hätte. Freilich setzte sie eine wirthschaftliche Einsicht voraus, welche den Römern fremd war, einen Bruch mit den Anschauungen des Alterthums, in denen auch sie befangen waren, und vor Allem eine tiefere sittliche Auffassung des Lebens und der Menschenwürde, die erst mit dem Christenthum in die Welt gekommen ist.

So hat das römische Volk keinen gewerbtreibenden Mittelstand erzeugen können, ja es mußte, was nun unvermeidlich war, mit steigender Entwicklung die Sclaverei noch schärfen und verallgemeinern. Denn so lange ein Volk ein ackerbauendes bleibt, ist eine Unterwerfung der Person nur mit Beschränkung auf bestimmte Zwecke denkbar, eben die des Ackerbaues, ohne totale Aufhebung der Freiheit: die alte Servitus war keine Sclaverei, sondern nur Hörigkeit oder Leibeigenschaft. Patriarchalische Sitte und Lebensart verleiht ihr dann selbst eine gewisse Berechtigung, indem sie den Knecht zum Glied der Familie macht. Sobald aber ein Volk vom Ackerbau zu künstlicherem Leben aufsteigt, kann die Leibeigenschaft nicht mehr auf diesen einen Erwerbszweig beschränkt bleiben, die Unterwerfung wird eine unbeschränkte und setzt den

Knecht zum bloßen Mittel für die Zwecke des Herrn herab. Führt also die Entwicklung nicht zugleich eine Aufhebung der Leibeigenschaft mit sich, so muß die letztere nothwendig strenger werden: sie verwandelt sich nun in eigentliche Sclaverei. Und das war im Alterthum überall der Fall. Wohl beginnt die Geschichte der alten Völker mit der Erbauung von Städten, mit Schiffahrt, Handel und Geldverkehr, während die deutsche erst nach tausend Jahren dazu gelangte, aber Städte, die wie die unsern an das Emporkommen eines unfreien Standes geknüpft sind, deren Blüthe mit der des Handwerks unzertrennlich verbunden ist, die nicht bloß die wirthschaftliche, sondern auch die sittliche Kraft unseres Volkes gehoben haben, solche Städte hat das Alterthum nie gekannt. Man hatte eben die sittliche und wirthschaftliche Bedeutung der Arbeit im Alterthum noch nicht begriffen. Sie galt wohl als Mittel zum Erwerb oder Genuß, aber nicht als Selbstzweck; schien doch den Spartanern selbst der Landbau eine Erniedrigung des freien Standes zu sein! Darum der rasche Verfall der alten Völker, sobald sie ihre nächste Bestimmung erreicht haben. Blüthe und Verfall drängen sich gleichsam in eine einzige Lebensperiode zusammen; mit dem Anfang ihrer Geschichte scheint auch schon das Ende fast nothwendig verflochten.

Der Grund also, weshalb die Entwicklung im Alterthum eine oberflächlichere und einseitigere blieb als die germanische, ist der, daß das Alterthum keine eigentlichen Berufstände hervorgebracht hat. Wie die Arbeitstheilung überhaupt eine geringere blieb als bei uns, so hat es die nationale Arbeitstheilung im Grund gar nicht gekannt. Und doch ist gerade diese mit ihrer segensreichen Wechselwirkung der verschiedenen Stände auf einander die eigentliche Quelle höherer Cultur. Jedes Volk bildete immer nur die Seiten aus, für die es besonderen Beruf und Sinn hatte, oder wozu es in der Lage des Landes eine besondere Anregung und Aufforderung empfing. Auf die Geburtsunterschiede folgt daher sogleich der Unterschied von Reich und Arm, ohne daß der Uebergang irgendwie vermittelt worden wäre. Oder das Alterthum ist, wie man es ebensogut ausdrücken kann, gar nicht zur Ueberwindung

der alten Geburtsunterschiede durchgedrungen. Denn selbst in der freiesten Verfassung dauerte die Leibeigenschaft fort, und alles Große und Schöne, was klassische Bildung hervorgebracht hat, mußte mit dem Elend von Tausenden erkauft werden. Es hat Städte und Staaten viel früher als wir entwickelt, aber im Grund hat es weder wahre Städte noch wahre Staaten gehabt: keine Städte, weil es kein freies Handwerk und darum keinen besondern Bürgerstand kannte; und keinen Staat, weil es nicht über seine städtische Verfassung hinauskam. Das Eine ist die Folge vom Andern. Denn die Entstehung eines besondern Handels- und Gewerbstandes hat nicht blos unser städtisches Leben, sondern auch den modernen Staat geschaffen; aus den Handwerkern ist der dritte Stand, aus dem dritten Stand das Staatsbürgerthum erwachsen. Der moderne Staat ist erst durch unsere heutigen Städte möglich geworden, der antike aber, der gleich von der Stadt, nicht wie der germanische vom Stamm ausging, konnte später nicht mehr den Uebergang von der städtischen zur staatlichen Verfassung, von der Volksversammlung zum Repräsentativsystem finden.

Es ist ein unerfreuliches Bild und zuletzt nur ein dunkles Nachtstück, was die spätere römische Geschichte vor unsern Blicken entrollt. Schon die Kriege des dritten Jahrhunderts verzehrten den ansässigen Mittelstand, in ähnlicher Weise wie bei uns die strenge Durchführung des karolingischen Heerbanns den der Gemeinfreien. Aber während bei uns die nationale Entwicklung damals erst begann, war sie in Rom beinah abgelaufen. Der zweite punische Krieg, der Roms Weltherrschaft begründete, hat auch seinen Untergang vorbereitet. Statt daß sich ein neuer gewerblicher Mittelstand gebildet hätte, ward umgekehrt der ackerbauende, welcher bis dahin künstlichen Schutz gefunden hatte, in das Verderben gestürzt. Der lange Krieg verwüstete den italischen Boden und machte es ihm unmöglich, sich je wieder zu erholen, weil er den kleinen Grundbesitz zerstörte und damit den Ackerbau an der Wurzel angriff. In dieser Zeit kam es zuerst vor, daß das Volk statt von selbst geerntetem, von sicilischem und ägyptischem Getreide

ernährt werden mußte; bald machte das überseeische Korn, womit man unkluger Weise auch die Heere versorgte, dem italischen eine gefährliche Concurrenz; von allen Seiten strömte das wohlfeilere fremde Korn nach Italien, ohne daß ein einziger Versuch gemacht worden wäre, dem kleinen Bürger aufzuhelfen. Natürlich ward das italische Ackerland und Getreide dadurch so entwerthet, daß der Boden kaum mehr die Mühe des Anbaues lohnte. Würde das Volk für das fremde Getreide andere Waaren, etwa Erzeugnisse der Industrie geliefert haben, so wäre es gleichgültig gewesen, auf welche Weise es sein Brod verdient hätte. England, Belgien und die Schweiz bleiben doch hochcultivirte Länder, ungeachtet oder gerade weil sie ihr Korn zum großen Theil einführen müssen. Allein an jeder andern productiven Thätigkeit fehlte es, mit dem Verfall des Ackerbaus hörte die Production überhaupt auf. Nur die Eroberungen machten es dem Volk möglich, seinen Unterhalt aufzubringen; aber was für ein bedenkliches Mittel, wenn solche ehedem dazu nicht nöthig gewesen waren! Schon aus diesem Grund waren die ersten Zeiten der Provincialverwaltung für die eroberten Länder die glücklichsten.

Es mag unbillig sein, die Römer, die von einer eigentlichen Volkswirthschaft keinen Begriff hatten, nach unserer Einsicht und Erfahrung beurtheilen zu wollen. Denn das wirthschaftliche Leben war ihnen im Großen und Ganzen noch gar nicht zum Bewußtsein gekommen. Das ergiebt sich nicht blos aus dem unsinnigen System der Staatswirthschaft, sondern auch aus einzelnen Fragen, die noch in später Zeit aufgeworfen wurden und bei einigem Verständniß der Elemente der Volkswirthschaft sich von selbst beantwortet hätten. So meinten z. B. Sabinus und seine Anhänger, der Preis könne beim Kauf auch in andern Dingen als baarem Gelde bestehen, und diese Frage bildete wirklich einen Streitpunkt der zwei Juristenschulen. Während Tausch und Kauf praktisch und rechtlich seit den ältesten Zeiten auseinander gefallen waren, stellte Sabinus die Ansicht auf, der Tausch sei nur eine Art des Kaufs, unter Berufung auf eine Stelle der Ilias, wo der ältere, reine Tauschhandel erwähnt wird.[2] Umgekehrt hätte er richtiger sagen

können, der Kauf sei eine Art des Tausches, denn dieser ist allerdings das Aeltere, aber nicht eine Species des Kaufs, sondern das Genus, dem der Kauf untergeordnet werden muß.

Indeß trug der Mangel an wirthschaftlicher Einsicht doch nicht allein die Schuld. Hätten die Reichen nicht ihren Vortheil bei dem Verderben des Mittelstandes gefunden, so würde man wenigstens versucht haben das unglückliche Mutterland auf irgend eine Art zu schützen. Nie sind es äußere Verhältnisse allein, welche den Verfall eines Volkes herbeiführen; auch hier waren es nicht blos die Folgen des Krieges, sondern vor Allem der Gegensatz von Reich und Arm, der dadurch erst in seiner ganzen Schroffheit und Härte zu Tage trat. Die Reichen, die bald die Provinzen zu plündern anfingen, wußten ihre Verluste rasch doppelt und dreifach zu ersetzen. Sie waren es, die allein den Gewinn von den Eroberungen zogen, auf erlaubte und unerlaubte Weise, unmittelbar durch Erpressung und Plünderung, mittelbar durch Uebernahme von Steuerpachtungen und Geldgeschäften. Ein sehr einträgliches Geschäft war es schon, den Provinzen zur Zahlung ihrer Abgaben Darlehne zu machen; auf diese Art wurde z. B. eine Kriegssteuer, welche Sulla in Asien auferlegt hatte, in vierzehn Jahren auf das Sechsfache gesteigert.[3]

In demselben Maß, in welchem die Eroberungen zunahmen, schwoll der Reichthum der herrschenden Familien an. Das ungeheuere Capital aber, welches in Rom zusammenströmte, ward zur völligen Zerstörung des italischen Ackerbaues benutzt. Denn da es keine andere Production gab, mußten die Reichen ihr Capital wohl oder übel im Boden anlegen. Der kleine Bauer also ward ausgekauft, die alten Erbgüter verschwanden und die frühern Eigenthümer sanken zu verschuldeten Pächtern oder Tagelöhnern der Capitalisten herab. Bald hatte sich die Bürgerschaft in reiche Gutsbesitzer und in Proletarier aufgelöst: das Capital führte in Rom einen ähnlichen Krieg gegen die Arbeit, wie heut zu Tage, nur daß es ihr an jedem Mittel des Widerstandes fehlte, was bei uns glücklicher Weise nicht der Fall ist. Denn Alles was jetzt seine Uebermacht mildert und erträglich macht, das Christenthum,

die persönliche Freiheit der Arbeiter, die Concurrenz des kleinen mit dem großen Capital, die Mannigfaltigkeit verschiedener Erwerbszweige, das Privileg der Geburtsstände, die Aristokratie der Kunst und Wissenschaft — das Alles fehlte in Rom und konnte, nachdem man einmal auf der abschüssigen Bahn angelangt war, durch nichts ersetzt werden.

Als der italische Ackerbau nicht mehr die Productionskosten deckte, weil die Provinzen die Brodfrucht fast unentgeltlich lieferten, ließen die Grundherren, die keine Noth zur Bestellung trieb, das Land lieber unbebaut und führten als Ersatz der alten Agricultur die Viehzucht ein. Schon die Staatsländereien, denen in der letzten Zeit der Republik stets das Schicksal der Auftheilung drohte, waren vielfach dazu benutzt worden, um nicht bei der Einziehung mit dem Besitz zugleich Bau und Besserung zu verlieren. Nun wurde das unglückliche System auch auf das Privateigenthum ausgedehnt. Ganze Strecken des schönsten und fruchtbarsten Bodens, die Tausende von fleißigen Anbauern hätten ernähren können, verödeten zu Viehtriften und mußten die Schaafe und Rinderheerden ihrer Herren füttern. Nicht viel besser war es, wenn die reichen Grundherren auf ihren Latifundien Oel- und Weinpflanzungen anlegten. Freilich war das Land zu dieser Production trefflich geeignet, und ein verhältnißmäßiger Anbau dieser Art hätte neben der alten Ackerwirthschaft wohl bestehen können. Allein hier war es wieder die Art und Weise wie derselbe getrieben wurde, was zum Unsegen gereichte: das Uebermaß und der Plantagenbetrieb durch Sclaven. Oder es erhoben sich da, wo die Vorfahren im Schweiße ihres Angesichts ihr Brod gebaut hatten, die colossalen Villen und Lustgärten, die künstlichen Fischteiche und Bäder. Auf der einen Seite ein Rückschritt zur Barbarei, auf der andern Luxus und Ueberfeinerung, das waren die unvermeidlichen Folgen vom Untergang des Mittelstandes. Es sind die beiden Seiten ein- und derselben Entwicklung. Denn wenn in einem Land, das Gott zum Ackerbau bestimmt hat, die Viehzucht eingeführt wird, so verkündet das auf wirthschaftlichem Gebiet den

nämlichen Verfall, wie der Uebergang zur Schwelgerei und Sinnenlust auf fittlichem.

Das Schlimmste aber war, daß die Sclavenbevölkerung in demselben Verhältniß zunahm, in welchem die freie sank. Begreiflicher Weise war bei solchen Zuständen die Sclavenarbeit wohlfeiler als die freie, schon weil man die Menschen aus den eroberten Provinzen beinah umsonst haben konnte. Sollen doch auf dem Markt zu Delos einmal an einem einzigen Tage zehntausend Menschen verkauft worden sein! Und während die Sclaverei bei steigender Entwicklung hätte milder werden sollen, wurde sie umgekehrt härter und strenger. Wo ein gesunder innerer Fortschritt Statt findet, muß die Sclaverei zuletzt schon aus rein ökonomischen Gründen der freien Arbeit weichen. In Rom dagegen ward sie zuletzt zur förmlichen Sclavenwirthschaft, die von den Herren ähnlich wie heut zu Tag in Amerika oder den Colonien mit schonungsloser Grausamkeit ausgebeutet wurde; ja der mangelnde Rassenunterschied der Sclaven ließ nicht einmal einen Vorwand zu ihrer Beschönigung oder Entschuldigung aufkommen. Eine entsetzliche Verwilderung des Landes wie seiner Bewohner war das letzte Ergebniß dieser heillosen Entwickelung. Mochte der Reichthum ins Ungeheure steigen, sein Anwachsen beschleunigte nur das allgemeine Verderben: einzelne Wenige schwelgten, die Menge mußte darben.

Sobald das Capital zur Alleinherrschaft gelangt war, mußten auch Handel und Gewerbe demselben dienstbar werden. Beide waren beinah ausschließlich in den Händen der Sclaven und Freigelassenen, die für Rechnung ihrer Herren oder Patrone arbeiteten. Ja es gab in der ältern Zeit weit eher einen Handwerkerstand als später. Gesunde Ansätze zu einem römischen Handwerk lassen sich wenigstens in der Heer- und Stimmordnung des Servius deutlich wahrnehmen; die Handwerkscenturien erscheinen zwar als untergeordnetes, aber doch anerkannt selbständiges Element der Verfassung. Auch bei uns war die Lage der Handwerker in der ältesten Zeit keine beneidenswerthe; sie mußten sich hier ebenso aus der Unfreiheit und dem Hofrecht herauf arbeiten, wie sie es

in Rom hätten thun müssen. Mehr als bloße Ansätze zu einem Handwerkerstand lassen sich noch in der karolingischen Zeit bei uns so wenig nachweisen, wie in Rom zu der des Servius Tullius. Aber während sie bei uns sich bald zu wunderbarer Blüthe und Kraft entfaltet haben, gingen sie in Rom nach den großen Eroberungen rasch zu Grund. Das freie Handwerk war das erste Opfer, welches dem Moloch des Capitals gebracht wurde. Seine wachsende Uebermacht, die vermehrte Zahl von Sclaven und ihre größere Geschicklichkeit machten dem Handwerk dieselbe Concurrenz wie das Sclavenkorn und die Getreidelieferungen der Provinzen dem italischen Ackerbau. Indeß mußte hier eine wohl eingerichtete Wirthschaft erst zu Grunde gehen, während dort nur der Keim einer Entwicklung erdrückt zu werden brauchte. Einen gesunden Ackerbau hat Rom Jahrhunderte lang gehabt, ein gesundes Handwerk hätte es erst ausbilden müssen. Dazu gehörte sorgfältige Pflege und Schonung, vor Allem ein starker Schutz für die Anfänge desselben, damit die einheimische, noch rohe Kunst sich ungestört entwickeln konnte. Ein solcher Schutz ist für das deutsche Handwerk seiner Zeit die Zunft gewesen; ohne sie würden auch wir kein blühendes Gewerbe hervorgebracht haben. Der Fluch der Sclaverei machte sich also auch auf diesem Gebiet geltend. Wo früher ein Ausbau möglich war, setzten sich jetzt neue Hebel des Sturzes in Bewegung, wie bei einem sinkenden Volk Alles dazu beiträgt, den Verfall zu beschleunigen.

Indem die Sclaven und Freigelassenen die freie Arbeit zu Grunde richteten, machten sie nicht bloß eine weitere Entwicklung des Volks unmöglich, sondern halfen die verderbliche Uebermacht des Capitals noch vergrößern. Denn wie der Gewinn der Sclavenarbeit dem Herrn zufiel, so blieben auch die Freigelassenen ihren Patronen verpflichtet. Oft behielten sich diese die Hälfte von dem Ertrag des Geschäfts vor, das ihre früheren Sclaven trieben, und selbst wo es nicht geschah, hatte das Recht Mittel und Wege genug, den Patronen einen Antheil am Gewinn ihrer Freigelassenen zu sichern. Ja es scheint, daß man die Sklaven gerade darum gern auf eigne Rechnung arbeiten ließ oder ihnen die persönliche

Freiheit schenkte, um sie zu größerer Anstrengung und Betriebsamkeit anzuspornen.

Der Großhandel war von jeher schon in den Händen der Reichen gewesen. Mit der raschen Ausdehnung des Staats hatte der Verkehr weit großartigere Dimensionen angenommen wie ehedem, da Rom nur der Markt von Latium oder Italien war. Aber es war ein künstlicher und unfruchtbarer Handel, der wieder nur das Mißverhältniß von Reich und Arm vergrößern half. Es ist eine alte Erfahrung, daß ein gesunder Handel einen gesunden Ackerbau voraussetzt. Denn eine blühende Landwirthschaft ist die Lebensbedingung des Handels, wie dieser es allein möglich macht, den Anbau durch stärkere Arbeits- und Capitalverwendung zu steigern. So entsprach der römische Handel genau den Zuständen der Bodencultur. Die Ausfuhr bestand vorzugsweise in Oel und Wein, den die Capitalisten und Grundherren durch ihre Sclaven bauen ließen, die Einfuhr in Sclaven, erpreßtem Geld und allen möglichen Luxusartikeln. Erst wurden die Provinzen geplündert, dann mit dem Raub ihre Gifte eingeführt, um die Kraft des Volkes auch leiblich zu Grunde zu richten.

Die einzige Frucht des gesteigerten wirthschaftlichen Lebens war die Ausbildung eines an sich allerdings großartigen Geldverkehrs. Damit ging ein streng durchgeführtes und für das Alterthum vortreffliches Münzwesen Hand in Hand. Wie die römische Geschichte mit der Geldwirthschaft beginnt, so hat sie auch damit aufgehört: baares Geld und nur baares Geld — das ist der Anfang und das Ende der römischen Cultur. Daher die Hausbücher, die schon in älterer Zeit allgemein üblich waren, die Pacht- und Miethverträge, wo wir nur Lehen und Leihen hatten, die Zinsgeschäfte statt des Rentenkaufs, das Erforderniß der Verurtheilung in Geld, seitdem der Formularprozeß eingeführt war, die Bankhalter und Geldwechsler in Rom und den Provinzen, die eine Art eigenen Standes bildeten, endlich der kaufmännische Geist, der fast alle Theile des Rechts durchdringt. Die meisten vermögenden Römer waren später bei den Staatspachtungen betheiligt; Gesellschaften zu gemeinschaftlicher Uebernahme derselben

sind uralt. Wie der Staat centralisirte, so mußte auch der Geldhandel, der sich bei steigendem Verkehr entwickelte, ein Monopol von Rom werden. Aber weil der Handel ein unfruchtbarer war, weil er nicht die Bestimmung hatte, den Umsatz der Industrie- und Bodenprodukte oder den Austausch der Produkte verschiedener Völker zu vermitteln, blieb Rom trotz seiner ungeheuern Reichthümer eine vollkommen nahrungslose Stadt. Nur der Geldverkehr selbst stieg dabei ins Colossale. Wie groß die Summen gewesen sein müssen, die aus den Provinzen nach Rom und aus Rom wieder in die Provinzen wanderten, sehen wir daran, daß seit den Bürgerkriegen der Reichthum der Vornehmen nach Millionen gemessen wurde. Ebenso spricht es für den Ueberfluß an Capital, daß unter Cäsar der hauptstädtische Zinsfuß auf sechs Prozent und unter Augustus gar auf vier Prozent herabsank, während er sonst im Alterthum gewöhnlich das Doppelte und Dreifache betrug.

Rom ist, wie das Alterthum überhaupt, zu früh zur Geldwirthschaft übergegangen, ohne die Wirkungen der Naturalwirthschaft vollständig und nach allen Seiten zu entwickeln. Man kann darum sagen, daß wie es nicht zur Ueberwindung der Geburtsunterschiede durchgedrungen ist, es auch die Stufe des reinen Ackerbaus und der Rohproduktion nicht eigentlich überwunden hat. Hätte sich länger ein gesunder Ackerbau erhalten, so würden die Römer im Lauf der Zeit von selber dazu gelangt sein, auch den Credit, der im Boden steckt, zu entwickeln. Allein nachdem die Grundlagen des Volkslebens einmal angefressen waren, konnte es nicht mehr dazu kommen, ja es scheint, daß in der Ausbildung des Credits die Römer selbst hinter den Griechen zurückgeblieben sind. Eben weil es keine besondern Berufstände gab, Großhändler und Grundbesitzer zusammenfielen. Denn erst die reiche und mannigfache Wechselwirkung dieser Stände auf einander hat unser höheres wirthschaftliches Leben möglich gemacht, seitdem mit dem Aufkommen der Städte sich ein eigener Handels- und Gewerbsstand bildete, Adel und Bauern aber der Landwirthschaft treu blieben. So konnte einmal das bewegliche Capital, was im Handel und Gewerbe gewonnen war, zur Befruchtung des Bodens angewandt,

und sodann das Capital, welches der Boden darstellte, durch Anleihen wieder im Handel und Gewerbe nutzbar gemacht werden. Beides führte unmittelbar darauf, den Capitalwerth des Bodens zu steigern und einen hypothekarischen Credit zu erzeugen, wie er jeder höhern Wirthschaftsstufe eigenthümlich und nothwendig ist: der zunehmende Gewerbfleiß befruchtete den Ackerbau, die steigende Bodencultur begünstigte wieder das Gewerbe. In Rom geschah keins von Beidem, weil es weder einen produktiven Ackerbau noch ein produktives Gewerbe gab, und darum sind die Römer nie zur Ausbildung eines wahren Credits gelangt, gewiß der deutlichste Beweis, daß ihre Wirthschaft trotz der relativ vorgerückten Entwicklung eine unvollkommene geblieben ist. Darum konnten sie auch nicht zu einem befriedigenden Pfandrecht gelangen. Fiducia, Pignus und Hypothek verrathen der Reihe nach, daß ihnen ein eigentlicher Realcredit fremd war, und noch das neueste Hypothekenrecht krankt an innern Gebrechen, die selbst die vollendete Kunst der Wissenschaft nicht zu heilen im Stande war. Die wirthschaftliche Kraft des Volkes ging an der unnatürlichen Steigerung des nämlichen Systems zu Grunde, womit die römische Geschichte begonnen hatte. —

Julius Cäsar konnte wohl den Staat und seine Verfassung neugestalten, aber nicht dem Volk die verlorne Gesundheit und Jugendkraft wiederschenken. Was er auf wirthschaftlichem Gebiet versuchte, waren Palliativmittel, die das Elend hie und da linderten, ohne seine Quellen zu verstopfen. Aeußerlich nahm unter ihm und seinen nächsten Nachfolgern das Reich noch an Umfang zu; erst unter Trajan erreichte es die größte Ausdehnung: aber es war nur ein mechanisches Wachsthum, die Nachwirkung des gewaltigen Stoßes, den Cäsar gegeben hatte. Die Kraft selbst war längst im Abnehmen. Sonst würde die größte Ausdehnung des Reichs nicht unmittelbar den Untergang eingeleitet haben; unter normalen Verhältnissen hätte ihr vielmehr die größte Blüthe entsprechen müssen. Auch die Verfassung wurde nur künstlich durch bloße Formen noch erhalten, seitdem der Geist und das Leben mit der Republik aus dem Staat entflohen waren. Hätte er noch innere

Regsamkeit gehabt, so würde die Form nicht solche Wunder gewirkt haben. Denn wo ein politisches Leben vorhanden, da ist nicht die Form, sondern der Inhalt der Verfassung die Seele des Ganzen. Indeß für den erstorbenen Leib des römischen Reichs war der Despotismus nicht bloß die beste, sondern die einzig mögliche Regierungsform. Erst waren es die Legionen, auf die der Kaiser seine Herrschaft stützte, dann eine vielgliedrige Beamtenhierarchie, womit er Alles vom Mittelpunkt aus leitete. So einfach die Verfassung, so künstlich war darum die Verwaltung. Eine streng durchgeführte Eintheilung des Reichs, eine Menge von Civil- und Militärbehörden, ein stehendes Heer, ein ausgebildetes Hofceremoniell, und seit dem Uebertritt zum Christenthum ein privilegirter Clerus: das waren die Elemente des Polizeistaats, womit das Grab der alten Bürgerfreiheit und Bürgertugend übertüncht wurde.

Dennoch scheint es wunderbar, wie sich das hohle und künstliche Gefüge im Abendland vierhundert Jahre, im Morgenland gar noch ein Jahrtausend länger erhalten konnte. Es ist als ob das Leben des Volks nur um der Nachwelt willen so lange gefristet worden sei. Seine Bestimmung war erst erreicht, als auch die jüngsten Provinzen, Gallien, Britannien, die Rhein- und Donauländer mehr oder minder romanisirt worden waren, um gerade hier den Boden mit Keimen für ein frisches Volk und eine neue Cultur zu befruchten. Und von Innen heraus trieb das Volk noch zuletzt, als alles Andere sich aufzulösen begann, in der Rechtswissenschaft eine so herrliche Blüthe, daß hier vor Allem der welthistorische Beruf des Volkes durchleuchtet, sein Leben in der Schöpfung eines wenigstens der Form nach vollendeten Privatrechts zu verewigen. Die Aufgabe des weströmischen Reichs erscheint daher mit der Ausbildnng der Jurisprudenz erfüllt. Unmittelbar darauf begannen die Einfälle jener Barbaren, die noch vom cimbrischen Krieg her in schrecklichem Andenken standen. Fast gleichzeitig drangen im Norden die Franken, im Süden die Gothen, zwischen beiden die Alamannen über die Grenze. Im äußersten Osten erhoben sich die Sassaniden und gründeten das neupersische Reich; überall ward die Defensive, die man bis dahin behauptet

hatte, erschüttert und durchbrochen. Wohl gelang es eine Zeit lang, Barbaren in Sold zu nehmen, sie gegeneinander zu brauchen und so das Reich durch seine Feinde selber zu vertheidigen. Aber damit ward die eigne Ohnmacht vollends bloßgelegt und an den Feind verrathen. Sobald ein starker äußerer Anstoß kam, fiel das abendländische Reich, das drei Jahrhunderte nicht leben und nicht sterben konnte, in sich zusammen, eine Beute der Germanen, die nun zu dem schweren Werk berufen wurden, mit Hülfe des Christenthums aus der alten Welt eine neue zu schaffen.

Die Symptome der innern Auflösung waren schon unter den ersten Kaisern immer deutlicher zu Tage getreten: ein Sinken aller wirthschaftlichen Produktion, eine allgemeine Verarmung und eine zunehmende Entvölkerung. Wie konnte es auch anders sein, da seit den punischen Kriegen das Leben des Volks nur in der Consumtion seiner wirthschaftlichen und sittlichen Kraft bestanden hatte. Zuerst wurden die Provinzen aufgezehrt, dann kam die Reihe an Italien; es war nicht die Staatsverfassung, sondern der Zustand des Landes selbst was Italien zur Provinz machte — Rom wurde der Hauptsitz der Armuth und des Verbrechens. Unentgeltliche Getreidespenden, die schon in den letzten Zeiten der Republik begonnen hatten, lockten den gesammten Bürgerpöbel nach Rom und vergrößerten die Masse des hauptstädtischen Proletariats; die alten Tribus, einst die Grundbestandtheile des Staats, verwandelten sich zuletzt in Abtheilungen der römischen Stadtarmen, ein treues Bild von dem Schicksal des römischen Volks überhaupt. Daneben ein kolossaler Reichthum Weniger, um das allgemeine Elend doppelt drückend und empfindlich zu machen. Sechs Grundbesitzer, die von Nero ermordet wurden, besaßen die Hälfte der Provinz Afrika; ein vornehmer Römer griff zum Selbstmord, weil er nur noch zehn Millionen Sesterzen im Vermögen hatte.[4] Aber auch der Reichthum schwand bei dem unsinnigen Luxus endlich zusammen. Wie ein furchtbarer Alp lastete der Steuerdruck auf dem Reich; vor Allem waren es die Städte, die darunter litten, weil sie bei der Eintheilung des Reichs in Stadtbezirke für die Steuern aufkommen mußten, ohne doch besondere Erwerbsquellen zu haben.

Alle möglichen Arten von Steuern wurden ersonnen, alle Hebel für ihre pünktliche Abführung in Bewegung gesetzt, um die Bedürfnisse des Staats und seiner kostspieligen Verwaltung zu bestreiten. Und doch war es nichts Seltenes, daß Jemand seinen Grund und Boden preisgab, um sich von der unerschwinglichen Steuerlast zu befreien. Nur mit Gewalt konnte der Decurionenstand in den Städten erhalten werden; am Ende scheute man sich nicht, ihn durch Verurtheilung von Verbrechern zu rekrutiren. Selbst die großen Capitalisten trugen nur mit Widerstreben zu den Lasten des Staats bei. Als der Reichthum die einzige Tugend und die Armuth das einzige Laster geworden war, fing man an zu berechnen, wieviel das römische Bürgerrecht eigentlich koste. Ein Stolz war es freilich nicht mehr, Römer zu sein. Meinte doch Einer von ihnen, der in die Gefangenschaft Attila's gerathen war, daß bei den Hunnen behaglicher zu leben sei als unter den Römern. Wie die freie Arbeit das erste, so war die Nationalität das letzte Opfer, welches das Capital verschlang.

Mit der Verarmung ging die wachsende Entvölkerung Hand in Hand. Verminderter Nahrungsspielraum, vermehrte Unsittlichkeit: wie hätte es da anders sein können. Der Untergang der alten Zucht und Sitte äußerte nach dieser Seite am unmittelbarsten seine verderblichen Wirkungen; wohin derselbe geführt, hatte die lex Julia et Papia Poppaea auch dem Kurzsichtigsten klar gemacht. Noch Tacitus wiederholt die alte Klage, daß die Zahl der Freien täglich abnehme, während die der Sclaven wachse. Zuletzt mußte sich auch diese vermindern, weil die Sclavenarbeit, wenngleich wohlfeiler als die freie, doch immerhin kostbar genug blieb und wenigstens den Unterhalt der Sclaven zu decken hatte. Die steigende Abneigung gegen den Kriegsdienst, welche sich des herrschenden Volks bemächtigte, machte es immer schwieriger, die Legionen zu ergänzen. Kaum daß noch Bettler und Landstreicher freiwillig dienen wollten; mehr als einmal mußte man Sclaven und Verbrecher für die Heere anwerben. Seit dem dritten Jahrhundert waren es fast nur die nördlichen Grenzländer, welche dem Reich die Legionen lieferten; Gallien, Süddeutschland und die Donau-

provinzen. Weil sie am spätesten unterworfen worden und die Habsucht der Großen weniger gereizt hatten, waren sie am längsten von der Pest der römischen Verderbniß verschont geblieben. Nachdem sie dem Reich eine Zeit lang die Heere gestellt hatten, gaben sie ihm bald auch Imperatoren; hundert Jahre lang (192—284) haben sie die Kaiser ausgerufen oder die Weltherrschaft an den Meistbietenden verkauft. Mit den Legionen im Abendland stritten die im Morgenland um die Ehre, ihre Führer auf den Thron zu erheben; fast ununterbrochen wüthete unterdeß der Krieg der Kaiser gegen einander. Je weiter aber sich die Barbaren über das Reich ausbreiteten, erst unter den Legionen, dann selbständig als verbündete Hilfsvölker, desto mehr nahm die Verwilderung in Italien und den Provinzen zu. Und doch mochte die natürliche Rohheit und Uncultur dieser Völker erträglicher scheinen als die entartete Bildung und Civilisation der Römer: sie konnte wohl als eine Art von Erlösung aus dem allgemeinen Elend angesehen werden, denn nur von diesen Völkern war eine neue Entwicklung zu erwarten.

Wir erleben es alle Tage, wie Jemand Hab und Gut aufzehrt und sein Eigenthum in andere Hände kommen sieht. Aber wie ein ganzes Weltreich im eigentlichen Sinne des Worts aufgezehrt werden kann, davon hat die Geschichte nur ein einziges Beispiel aufzuweisen. Auch das Christenthum machte die alte Welt nicht wieder jung; sie konnte seinen tiefsten Inhalt nicht mehr ergreifen und auf sich wirken lassen. Es trat als heilende und erlösende Kraft in die Geschichte, aber auch als reinigendes Feuer, das seinen vollen weltverjüngenden Segen erst entfaltete, nachdem über die vorchristlichen Völker das Gericht gekommen war. Wohl darf die entsetzliche Wirthschaft der Römer, welche die Selbstzerstörung systematisch trieb, uns zum Mitleid mit einem Volk bewegen, das einst so rein und groß in die Geschichte eingriff und noch zuletzt in der Rechtswissenschaft eine so herrliche Blüthe trieb. Aber sie kann uns auch an den Keim des Todes erinnern, den jede menschliche Entwicklung in sich trägt, und gerade die christlichen Völker mögen es bedenken, daß auch sie nicht für die

Ewigkeit bestimmt sind. Sie haben vielseitigere und höhere Aufgaben, ihre Lebensdauer ist nicht an so kurze Zeiträume gebunden, ja sie liegt vorläufig noch außer aller Berechnung, aber unsere Verantwortung wird um so schwerer sein, da wir unendlich reichere Mittel und Hilfsquellen und im Christenthum zugleich die Möglichkeit einer steten Verjüngung und Wiedergeburt haben.

Zweites Capitel.

Die Rechtsgeschichte.

Da das Recht jederzeit ein Spiegelbild des Volks und seiner Zustände ist, so könnte es fast scheinen, wenn wir schon seit dem zweiten punischen Krieg den beginnenden Verfall des römischen Lebens wahrnehmen, als ob auch das Recht davon habe ergriffen werden müssen. Und doch hat eigentlich erst seit dieser Zeit seine Ausbildung zum Weltrecht begonnen. In der That steht auch der Inhalt des Rechts mit dem Verfall des römischen Lebens in engem Zusammenhang. Bei näherer Betrachtung gewahren wir leicht, daß das Recht wie es uns überliefert ist nicht einem aufsteigenden, sondern einem sinkenden Volk angehört hat. Indeß ist dabei doch zweierlei zu bedenken, was den Gegensatz erklärlich macht.

Einmal daß der Geist und Charakter des Rechts wesentlich der alte geblieben ist. Er gehört der Blüthezeit römischer Kraft und Größe an und hat sich von ihr wie ein geistiges Capital auf die kommenden Geschlechter fortgepflanzt. Im Recht erschien die Tugend des alten Roms verkörpert, und wer sich mit ihm beschäftigte ward wohl oder übel davon ergriffen. Sind doch selbst die Juristen der spätern Kaiserzeit, ein Papinian, Paulus, Ulpian, noch ganz von der altrömischen Herrlichkeit durchdrungen. So auffallend das scheinen mag, so ist es doch einfach zu erklären und gerade für das römische Volk natürlich. Denn nur die Eine Seite des Rechts, die leibliche oder wirthschaftliche, ist unmittelbar dem Leben zugekehrt und unter allen Verhältnissen ein Ausdruck desselben, es sei denn daß durch außerordentliche Umstände vorüber-

gehend eine Kluft zwischen Recht und Leben entsteht. Die zweite, sittliche Seite findet nie im Recht ihre positive Erfüllung, da das Recht nur die Aufgabe hat, auf seinem Gebiet die äußern Grenzen des Sittlichen zu wahren. Das sittliche Leben eines Volks kann also recht wohl mit dem aus der früheren Sitte hervorgegangenen Recht in Widerspruch gerathen, wenn sich die Sitte verändert, das Recht aber seinem innern Gehalt nach das alte bleibt. Die dritte Seite dagegen ist wie wir wissen geistiger Art, sie bleibt stets von der ursprünglichen Anlage eines Volks abhängig und wird deshalb auch nicht sogleich vom Verfall desselben ergriffen. Wie bei dem Einzelnen das Ethische und Intellectuelle auseinanderfallen können, eben so gut ist dies bei ganzen Völkern möglich. Es ist die Seite, welche das Recht mit der Sprache gemein hat, die es gleich ihr zum Ausdruck des nationalen Geistes macht und die ihm erst bildende und gestaltende Kraft verleiht, das eigentlich Technische oder Juristische. Darum wird die Sprache auch erst zuletzt von der Entartung ergriffen.

Das Recht steht also hier zwischen der Sprache auf der einen und der Volkswirthschaft und Verfassung auf der andern Seite in der Mitte. Am frühsten bricht der Verfall in der Volkswirthschaft hervor; hier ist der Punkt, wo er sich direkt äußert. Dann erscheint er in der Verfassung, soweit dieselbe mehr als das Privatrecht durch die faktischen Zustände bedingt ist, obgleich ihre Formen ebenfalls noch geraume Zeit die alten bleiben können. Endlich bricht er auch im Recht durch, das nur nach Einer Seite unmittelbar mit dem wirthschaftlichen System zusammenhängt. Während die Grundlagen der Volkswirthschaft nach dem zweiten punischen Kriege sich aufzulösen begannen, die römische Verfassung dann in den Bürgerkriegen zerstört wurde, bezeichnet der Untergang der Jurisprudenz den Verfall der Rechtsentwicklung. Also die umgekehrte Ordnung, in der Wirthschaft, Staat und Recht zum Bewußtsein eines Volks zu gelangen pflegen. Staat und Recht sind soweit wir in der römischen Geschichte zurückgehen können, dem Volk bereits objectiv geworden, die Wirthschaft ist es un-

gekehrt nie, weil sie zu früh verfiel, zu einer Zeit, wo die Ausbildung einer römischen Wissenschaft und Kunst erst begann.

Sodann haben wir einen andern, nicht minder wichtigen Umstand zu bedenken: daß das wirthschaftliche System wie gezeigt worden ist durch die ganze römische Entwicklung hindurch dasselbe blieb. Aller Fortschritt war eine erst naturgemäße, dann unnatürliche Steigerung der wirthschaftlichen Verhältnisse der ersten Zeit. So konnte selbst der stoffliche Gehalt des Rechts geraume Zeit unverändert der alte bleiben, da die Rechtsinstitute ihren Ursprung zum größten Theil noch aus der Epoche der Blüthezeit herleiteten. Es war also auch das leibliche Element des Rechts gerade dadurch, daß die Institute dieselben blieben, vor dem Verfall und der Entartung des wirthschaftlichen Lebens geschützt. Wäre das Volk zu einer andern Culturstufe übergegangen, hätten sich neue Lebensverhältnisse gebildet und wäre dennoch — die Möglichkeit einer solchen Entwicklung einmal angenommen — der Verfall nicht aufgehalten worden, so würden auch die alten Rechtsinstitute zum guten Theil unbrauchbar geworden sein und der Verfall das Recht rascher ergriffen haben. Die Bildung neuer Lebensverhältnisse setzt freilich eine Entfaltung nationaler Kraft voraus, die dann den Verfall überhaupt aufgehalten hätte. So finden wir im Recht vorzugsweise diejenigen Eigenschaften des Volks wieder, denen Rom seine Größe verdankt, und so unerfreulich die letzten Zeiten seiner Geschichte sein mögen, die Ausbildung und Vollendung des nationalen Rechts bietet eine um so glänzendere Erscheinung. Sie ist die Lichtseite des römischen Lebens überhaupt.

Das römische Volk war das erste, welches zu einem selbständigen Privatrecht gelangte. Nicht mit Unrecht hat man neuerdings von einer Entdeckung des Privatrechts durch die Römer gesprochen. Denn was wir von dem griechischen Recht wissen, läßt darauf schließen, daß das griechische Volk sein Recht noch nicht von sittlichen und politischen Elementen zu scheiden vermochte. Gewiß mit gutem Grund konnte Cicero dasselbe im Vergleich zum Recht der zwölf Tafeln ein ius inconditum ac paene ridiculum nennen. Ein Volk, welches die größten Redner, Geschichtsschreiber und

Philosophen aller Zeiten hervorgebracht hat, hat keinen einzigen Juristen aufzuweisen, dessen Namen als solcher auf die Nachwelt gekommen: gewiß ein sicheres Zeichen von der völlig untergeordneten Stellung, welche die Rechtswissenschaft und das Recht selbst bei ihm einnahmen. Darum finden wir im römischen Recht nur dürftige Spuren einer Benutzung des griechischen, obgleich in allen übrigen Zweigen die römische Wissenschaft und Kunst sich eng an die griechischen Vorbilder anlehnt. Allerdings haben die Römer Manches dem griechischen Recht entlehnt, wie die vielen in das Römische übergegangenen Ausdrücke beweisen. Aber die griechischen Institute, welche die Römer recipirten, wie z. B. das materielle Pflichttheilsrecht, die Hypothek, die Antichresis, sind theils bei der Aufnahme umgebildet und erst juridisch brauchbar geworden, theils sind sie im Vergleich mit dem aus nationalem Geist gebornen Recht zu unbedeutend, als daß man von einem namhaften Einfluß des griechischen Rechts oder einer bleibenden Bedeutung desselben reden könnte.

Das frühzeitige Erwachen des Staatsgedankens hat Rom mit Griechenland gemein; hier wie dort erscheint der Einzelne mit seinem ganzen Leben durch den Staat gebunden und beherrscht. In Rom aber erwachte daneben, wenigstens seit der Aufnahme der Plebejer in die Gemeinde, zugleich der Gedanke eines selbständigen Privatrechts, das unabhängig von den Zwecken des Staats nur für die Bedürfnisse des Einzelnen bestimmt sei. So gelangte man gleich von Anfang an zu einer Unterscheidung zwischen Staats- und Privatrecht: ius publicum, quod statum rei Romanae spectat; ius privatum, quod ad singulorum utilitatem pertinet. Die Definition ist zwar einseitig, insofern im Geist der römischen Entwicklung die Utilitas oder der äußere Vortheil als Zweck des Rechts erscheint. Denn darin, daß nicht der bloße Nutzen, sondern etwas Höheres, eine sittliche Bestimmung, Zweck des Staats und Rechts ist, liegt die Einheit beider, während andern Falls, wenn der Vortheil allein in Betracht kommt, keine Verbindung der Gegensätze möglich ist. Was dem Staat dient, soll auch seinen Angehörigen förderlich sein, weil der Staat zuletzt nur um der

Menschen willen ist, und was dem Einzelnen Gewinn bringt, soll auch dem Ganzen wieder zu Gute kommen, wenn es nicht ein scheinbarer oder rein äußerlicher Gewinn ist, wobei der Eine nur soviel gewinnt als der Andere verliert, oder gar die Vermehrung des Wohlstands auf Kosten höherer Güter eintritt. Allein der Sache nach ist die Unterscheidung zwischen Staats= und Privatrecht vollkommen richtig. Ein Theil des Rechts hat es mit dem Staat als solchem, mit seiner Verfassung und Verwaltung, mit seinen Zwecken und Mitteln zu thun: quod statum rei publicae spectat; ein anderer mit dem Haushalt des Einzelnen, der Familie im römischen Sinn, mit ihren Angehörigen und ihrem Vermögen: quod ad singulorum utilitatem pertinet. So hat das Volk vermöge des ihm angebornen Sinnes die wesentlich vermögensrechtliche Natur des Jus civile klar und bestimmt erkannt, so wenig ihm auch die wirthschaftlichen und sittlichen Beziehungen desselben zum Gemeinwohl und damit der tiefere Zusammenhang zwischen Staats= und Privatrecht klar geworden sind. Mag nun auch die Scheidung zu schroff gefaßt und besonders in der ersten Zeit übertrieben worden sein, so lag doch in der Scheidung selbst ein unendlicher Fortschritt gegen die vorrömische Welt. Er bildet den Uebergang zum mittelalterlichen und modernen Staat; indem an Einem Punkt die Alleinherrschaft und Allgewalt des Staats gebrochen wurde, war es nicht schwer, das Princip von der absoluten Unterordnung des Einzelnen unter den Staat überhaupt zu brechen. Die volle Anerkennung der sittlichen Willensfreiheit ihm gegenüber durchzuführen, war freilich erst dem Christenthum vorbehalten. Soweit hat sich die römische Anschauung noch nicht erheben können: während sie auf einer Seite eine unbedingte Freiheit des Individuums im Vermögensrecht anerkennt und diese schroffer als nöthig dem Staat gegenüberstellt, hält sie auf der andern noch an dem Satz fest, daß im Uebrigen der Einzelne im Staat aufgehen müsse. Eine zu große Emancipation dort, bis zu dem Grad, daß das Gemeinwohl dadurch gefährdet wird, eine zu geringe hier, so daß die freie und selbständige Entwicklung des Einzelnen wieder ausgeschlossen wird, das ist es, was die römische und germanische

Welt trennt und zwischen beiden eine unübersteigliche Schranke bildet.

Es kann nicht unsere Aufgabe sein, ausführlicher darauf einzugehen, wie das römische Volk den Gedanken eines selbständigen Privatrechts zuerst verwirklicht hat, um so weniger als dies neuerdings von Ihering in einläßlicher und treffender Weise geschehen ist. Wir müssen uns begnügen, bei der Thatsache stehen zu bleiben, daß man das Recht von allen politischen, ethischen und ökonomischen Motiven rein auszuscheiden versuchte. Der nüchterne abstracte Sinn der Römer, ihr praktischer Rationalismus, ihre strenge Logik und Consequenz kamen dabei dem Volk vortrefflich zu Statten und halfen diesen Ausscheidungsprozeß im Einzelnen durchführen. Es ist dieselbe Erscheinung, der wir im Glauben des Volks begegnen. Wie es hier die Götter fallen ließ und nur die Begriffe festhielt, so im Recht den zu Grund liegenden sittlichen und wirthschaftlichen Stoff. Aber nicht der Cultus allein, auch die römische Kunst und Wissenschaft zeigen eine ähnliche Entwicklung. Ueberall erscheinen vorzugsweise die praktischen Richtungen ausgebildet, Baukunst, Beredsamkeit, Jurisprudenz, in der Poesie noch eher das Schauspiel und die Lyrik, während die Neigung der Griechen umgekehrt auf das Ideale und Theoretische, die Speculation und Philosophie gerichtet war.

Indem das Volk von dem Gedanken ausging, daß das Privatrecht lediglich die subjective Willensfreiheit zu verwirklichen habe, stellte es alle Verhältnisse desselben, Ehe, väterliche Gewalt, Eigenthum, Obligation u. s. f. unter den Gesichtspunkt einer individuellen Herrschaft. Es abstrahirte von den Momenten, die überall einen bestimmenden Einfluß auf den Inhalt des Rechts haben, und gewährte ihnen, während andere Völker sie als Bestandtheile des Rechts selbst gelten ließen, scheinbar gar keine Berücksichtigung. So wurde in Gedanken allerdings zum ersten Mal in der Geschichte ein Gebiet des reinen Privatrechts gewonnen, auf dem die römische Abstraction, die Begriffsmäßigkeit, die Consequenz der Regel, mit einem Wort die „logische Selbstentfaltung" des Rechts sich frei bewegen konnte: das Recht, das im Grunde doch ein

lebendiges Glied des gesammten Volkslebens bleibt, ward zu einem System von bloßen Begriffen und Formen. Damit hängt es zusammen, daß die Symbole im Recht so früh ihre Bedeutung verloren. Das nüchterne und verstandesmäßige Wesen der Römer, das überall auf den praktischen Zweck sah, konnte keine poetischen Bilder, sondern nur prosaische Zeichen brauchen, die um so besser waren, je einfacher und bestimmter sie den Begriff wiedergaben. So ist bei der Stipulation der Halmwurf in historischer Zeit bereits verschwunden und nur die Form der Willenserklärung übrig geblieben; so erscheint selbst die Zahl dieser Zeichen im Vergleich mit den deutschen äußerst gering. Auch die Mancipation ist bezeichnend für das ganze römische Leben: mit einer Waage werden eine unendliche Reihe von Rechtsgeschäften abgeschlossen, recht wie es kaufmännischem Sinn ziemt.

Natürlich wurde die Beseitigung der Symbole ebenso wie die Bildung eines selbständigen Privatrechts überhaupt durch die rasche Entwicklung der Lebensverhältnisse außerordentlich begünstigt; ohne diese hätte das römische Volk nicht so bald von der sinnlichen Anschauung zur verstandesmäßigen Abstraction übergehen können; aber der Hauptantheil daran mag doch auf Rechnung der ursprünglichen Anlage und Eigenartigkeit des Volks zu setzen sein.

Wir würden uns jedoch einer gewaltigen Täuschung hingeben, wenn wir das römische Privatrecht wirklich von Sitte und Leben unabhängig denken wollten, daß es nicht bloß in der Theorie, sondern auch in der Praxis sich vollständig davon emancipirt habe. Nichts wäre verkehrter als ein solcher Schluß, und es ist wieder ein Verdienst von Ihering, dies mit aller Schärfe und Bestimmtheit hervorgehoben zu haben. Im Gegentheil, die Sitte bildete gerade in der ältern Zeit ein nothwendiges Complement des Rechts, und nur ein Volk, das wie das römische ursprünglich unter der strengsten Zucht der Sitte stand, konnte ein solches Recht ertragen. Mochte dasselbe alle Verhältnisse immerhin als Objecte einer unbedingten Herrschaft, als rein einseitige Befugnisse auffassen, ausgeschieden von aller Pflicht und Gegenleistung, den thatsächlichen Gehalt derselben, die Art ihrer wirklichen Anwendung im Leben

bestimmte doch die Sitte, und hier gab es nicht minder gemessene Grenzen wie im Privatrecht selber. Nur daß man die Sitte als solche nicht darin dulden, beide streng von einander sondern wollte; deshalb gehörte die Rechtspflege vor den Prätor und die Sittenzucht vor den Censor. Ein eigentlicher Gegensatz, ein Zwiespalt zwischen Recht und Sitte war nicht im Mindesten vorhanden, vielmehr setzte das Recht mit seinen schroffen inhaltlosen Formen die Sitte, und eine starke Sitte, zu seiner Ergänzung voraus. Hauptschuldner und Sponsor hafteten zum Beispiel dem Gläubiger als Correi, so daß er von Rechtswegen freie Wahl hatte, wen er angreifen wollte. Indeß galt es als höchst beschimpfend für den Hauptschuldner, wenn der Gläubiger mit dessen Uebergehung sogleich gegen die Bürgen auftrat; die Sitte bildete eine Schranke des strengen Rechts und ließ die Bürgen nur für den Nothfall haften. Ja unter Umständen, wenn der Hauptschuldner zahlfähig war und die Befriedigung des Gläubigers noch gar nicht verweigert hatte, wurde diese Beschränkung der Sitte selbst vom Recht anerkannt, indem in solchem Fall der Gläubiger, der sich sogleich an die Bürgen hielt, vom Schuldner mit der Injurienklage belangt werden konnte.[5] Und so in vielen anderen Fällen.

Noch verkehrter wäre es, wenn wir annehmen wollten, das römische Recht sei mit seinen Abstractionen in Zwiespalt mit dem Leben und dessen Bedürfnissen gerathen. Denn der Römer war viel zu praktisch, um einem Gedanken zu Liebe — und wäre es auch der des Rechts — die reale Welt nur einen Augenblick außer Acht zu lassen; so abstract und logisch er sein mochte, er war nichts weniger als Idealist. Auf den ersten Blick freilich könnte es scheinen, als ob das Recht allein geherrscht und das Leben ihm allein gedient habe: genauer besehen wird sich die Sache vielleicht umkehren und nirgends ein so tiefer und inniger Zusammenhang herausstellen wie in Rom. Zu allen Zeiten ist das römische Recht der treueste Ausdruck des römischen Lebens gewesen, im alten Rom nicht minder als in der spätern Republik und der Kaiserzeit. Und weil das wirthschaftliche System auch in der spätern Zeit im Großen und Ganzen das alte blieb, konnte trotz der Entartung

und des Verfalls das Recht noch längere Zeit gesund bleiben. Wir müssen es eben unbestimmt lassen, ob das Recht mehr auf den Verkehr, oder der Verkehr mehr auf das Recht gewirkt habe, so innig sind beide mit einander verwachsen, so eng schmiegt sich das erstere dem letztern an. Allerdings ist es vermöge der abstracten Natur des römischen Rechts für uns doppelt schwierig, im Recht das Leben wieder zu erkennen, denn das Volk ging principiell auf Ausscheidung des factischen Gehalts vom Recht aus, aber darum ist diese Ausscheidung noch lange nicht in Wirklichkeit durchgeführt worden. Und wenn wir tiefer blicken, werden wir auch bei dem römischen Recht durch seine dürren Begriffe und Formeln hindurch das Leben und den Verkehr wieder erkennen, der ihm zu Grunde lag. Gerade daß den Römern die wirthschaftliche Function des Rechts noch nicht zum Bewußtsein gekommen war, hatte die Folge, daß die ursprüngliche Einheit zwischen Recht und Leben in der naiven alten Weise erhalten blieb. Hätten sie mit dem Recht experimentiren können wie wir, so wäre es eher möglich gewesen, daß beide in Widerspruch gerathen und Leben und Verkehr ihre eignen Wege gegangen wären.

Es mag sein, daß die unbedingte Individualfreiheit, von welcher das Privatrecht beherrscht ist, in späterer Zeit als die alte Zucht und Sitte zu weichen begann den Verfall beschleunigte. Aber wir können uns jene ebensowenig ohne die entsprechenden wirthschaftlichen Verhältnisse denken, als wir annehmen dürfen, das Leben der spätern Zeit habe durch Beseitigung jenes Grundgedankens vor dem Verfall geschützt werden können. Wie die Durchführung der Individualfreiheit nur möglich war bei ursprünglich entwickeltern Zuständen als bei uns, vermöge der fortgeschrittenen Bodencultur, der Art und Weise des italischen Landbaues, des regen Verkehrs und Handels, der frühzeitig ausgebildeten Geldwirthschaft, so beweisen die vielen Gesetze der spätern Republik und Kaiserzeit, wie fruchtlos der Versuch ist, ein sinkendes Volk auf dem Weg der Gesetzgebung vom Untergang zu retten. —

Es war natürlich, daß der neue Gedanke, der mit dem römischen Privatrecht zum Durchbruch kam, zuerst einseitig und über-

trieben auftrat. Sowohl in Betreff der peinlichen Ausscheidung alles Fremdartigen, wie in der unnatürlichen Steigerung des Gedankens selbst. Denn so scharf und bestimmt das Rechtsgebiet abgegrenzt und von allem Fremdartigen ausgeschieden werden mag, eine vollständige Trennung desselben von Sitte und Leben ist nirgends und zu keiner Zeit durchführbar. Ja wir dürfen geradezu behaupten, daß wenn wir Alles vom Recht wegnehmen, was der Sitte und dem Leben angehört, schließlich nichts mehr übrig bleibt. Das Recht ist stets nur eine Form des Lebens, die ihren Inhalt durch das letztere empfängt; und nur ein Ergebniß der Sitte, soweit dieselbe nach den Anschauungen eines Volkes zugleich erzwingbar werden soll. Bei weitem der größte Theil der Lebensverhältnisse, und das war auch im römischen Recht der Fall, bleibt von der Sitte allein beherrscht, ohne in Rechtssätze überzugehen. Die Aufgabe ist also nicht die, Recht und Sitte als Gegensätze zu fassen, sondern nur die Grenze möglichst genau festzustellen, bis zu welcher die Sitte erzwingbar, zu dem was wir Recht nennen, werden soll. Mögen die Römer es immerhin geglaubt haben, daß wirklich eine absolute Ausscheidung des Rechtsgebiets möglich sei, wenn sie es glaubten, so war es eine Täuschung, eine Täuschung, die für sie selber ungefährlich war, uns aber sehr verderblich werden kann. Indem die Römer ein solches Gebiet des unbedingt freien Willens construirten, machten sie es in Thesi allerdings vollkommen selbständig, aber es war eine Selbständigkeit, die als bloße Abstraction im Leben nirgends Realität hatte. In Wahrheit wurde diese Selbständigkeit durch die Sitte und das Leben wieder aufgehoben, und das Recht blieb bei ihnen so gut wie bei uns von den beiden Factoren beherrscht, deren wesentliches Product es ist.

Kein Recht kann bloße Entwicklung eines einzigen Gedankens sein, so daß mit dem einen Grund zugleich sein ganzer, unendlich mannigfacher Inhalt als einfache Reihe von Folgen gegeben wäre. Es würde damit aufhören, etwas Lebendiges zu sein, worin die allerverschiedensten Ursachen und Wirkungen sich äußern, es würde sich im Cirkel todter Dialektik bewegen und gleich der Hegelschen

Welt zum Spiel und Trugbild werden. Auch das römische Recht ist dies nicht gewesen, so sehr der Gedanke der reinen einseitigen Herrschaft überall hervortritt. Er war nur Mittel zum Zweck, ein selbständiges Privatrecht zu erzeugen; sobald dies gelungen, ließ man das Princip wieder fallen. Das Princip selbst ist nie ausschließlicher Inhalt der Rechte gewesen, denn es war an sich nur ein formales, während der Inhalt wie überall durch die sittlichen und wirthschaftlichen Zustände des Volks bestimmt wurde: nur die Art der Fassung, die Formulirung der Begriffe, war von dem Gedanken beherrscht, von welchem die Römer bei ihrem Privatrecht ausgingen. Einen Einfluß auf den Inhalt hatte also das Princip allerdings, denn gerade weil das Recht etwas Lebendiges ist, mußte die Form wieder auf den Inhalt zurückwirken, aber es erschöpfte nicht den ganzen innern Ausdruck uud Gehalt des Rechts. Wohl mag der Stoff die Form erzeugen, wie der chemische Bestand eines Körpers seine äußere Gestalt bedingt, nie aber wird der Stoff durch die bloße Form, der Kern durch die Crystallisation erzeugt. So wenig das Recht je aus einer bloßen Summe abstracter Begriffe besteht, so wenig kann das die Form bedingende Princip als Hauptsache oder gar Inhalt des Rechts aufgefaßt werden.[6]

Gleichwohl erschien der Grundgedanke, von dem die Römer ausgingen, ursprünglich in allen Instituten des Privatrechts sichtbar, und darin lag die innerliche Uebertreibung, welche uns das älteste Recht aufweist und zu der jene einmal angenommene Fiction nothwendig führen mußte. Es ist bei allen Rechtsverhältnissen, bei dem Eigenthum, der Obligatio, der väterlichen Gewalt, der Testirfreiheit, als ob die Römer gefürchtet hätten, bei deren Durchführung den neuen Gedanken wieder zu verlieren, so rücksichtslos und unerbittlich streng wird die Gewalt gefaßt, die in jenen Verhältnissen liegt, so frei und ungebunden tritt überall der Gesichtspunkt des reinen Rechts hervor, das sie verleihen. Es ist längst bemerkt worden, wie Recht und Pflicht im ältesten Recht vollständig auseinander fallen, wie jedes Recht an sich eine schrankenlose Befugniß ist, wie seine Ausübung daher durchaus frei und willkürlich erscheint und wie die Gegenleistung oder die Verbindlichkeit,

die nach unserer Anschauung aus dem Recht selber entspringen kann, bei den Römern nur Folge eines fremden Rechts ist. So gewährt das Eigenthum die totale Gewalt über eine Sache, die Obligatio den Anspruch auf einseitige, unbedingte Leistung des Schuldigen, die väterliche Gewalt die absolute Herrschaft über alle zum Haus gehörigen Personen und Güter, die Testirfreiheit das unbeschränkte Recht, auch auf den Todesfall frei über das Vermögen zu verfügen. Natürlich war es die Sitte, die überall mildernd und versöhnend dazwischen trat, und so bedenklich uns der Inhalt des Rechts scheinen mag, es kam dem verständigen Römer, dessen Haupttugend Mäßigung war, nicht in den Sinn, ihn wirkich geltend zu machen. Aber da einmal das sittliche Element aus dem Recht ausgestoßen war, konnte das letztere keine Beimischung von Pflichten mehr ertragen, und jede Befugniß, die das Privatrecht gewährte, blieb ein Theil der absoluten Willensmacht, welche dasselbe für das Vermögen überhaupt aufstellte: sie spiegelte seinen Grundcharakter für das einzelne Verhältniß treu wieder ab. Wir unserer Seits brauchen nicht mehr zu befürchten, daß uns das Privatrecht wieder abhanden kommt und von dem Staat, der Sitte oder dem wirthschaftlichen Leben alterirt wird, eben darum aber ist es eine Einseitigkeit, wenn wir bei den Schranken, die in der römischen Auffassung liegen, stehen bleiben und nicht den Fortschritt anerkennen wollen, der in der deutschen Anschauung liegt. Weil in Wahrheit das Recht doch nie als schrankenlose und unbedingte Macht gebraucht werden kann und auch in Rom trotz dieser Auffassung nicht so gebraucht worden ist, fassen wir lieber gleich den Begriff des Privatrechts anders und lassen das Moment der Unbeschränktheit fallen. Dann wird also jedes Recht als solches zugleich eine Pflicht enthalten, in dem Begriff desselben liegt nur die Befugniß, es seinem Zweck gemäß zu brauchen, nicht aber darüber hinaus, z. B. um Andern zu schaden. Die Römer helfen hier durch Umwege, bei uns bedarf es solcher nicht, weil der Mißbrauch durch den Begriff selbst ausgeschlossen wird. So wird das Recht auf sein natürliches Maß und seine wahre Bestimmung zu-

rückgeführt, denn ein Gebrauch darüber hinaus erscheint uns schon an und für sich als ungerecht oder widerrechtlich.

Sei dem nun wie ihm wolle, es soll damit dem römischen Recht kein Vorwurf gemacht werden. Es ist nicht unser Verdienst, daß wir weiter sehen, nur unsere Schuld wäre es, dies zu verkennen. Was uns beschränkt und einseitig vorkommt, war dem Römer Befreiung und Wahrheit. Denn die Geschichte bewegt sich nicht sowohl in stetem ruhigem Fortschritt, als in Sprüngen und Gegensätzen; darum erscheint jeder neue Gedanke, der in sie eintritt, meist einseitig und übertrieben, ja er hat, wenn er lebensfähig ist, volle Berechtigung dazu. Wird doch selbst in der kleinen Arbeit der Wissenschaft jede Entdeckung von Wichtigkeit gewöhnlich erst einseitig verfolgt und übertrieben, ehe sie nach ihrem wahren Werth erkannt zu werden pflegt. Und so hatte auch das Privatrecht, das die Römer als selbständiges Gebiet des Lebens in die Geschichte einführten, dies Recht der Einseitigkeit und Uebertreibung. Hatten die Griechen dasselbe noch nicht von den übrigen Elementen des Lebens abgesondert, hatten sie es im Zustand der Relativität gelassen und darum seine absolute Bedeutung, die Heiligkeit und Unverbrüchlichkeit jedes wohlerworbenen Rechts, gar nicht begriffen; so faßten die Römer es umgekehrt ganz isolirt, als eine Welt im Kleinen, als Staat im Staat, das in dieser Weise praktisch durchgeführt die anderen Seiten des nationalen Lebens wieder gefährdet hätte. Es kam dazu nicht, weil in der alten Zeit die strenge Zucht und Sitte das Maß des richtigen Gebrauchs vorschrieb, und in der spätern, als Zucht und Sitte sich lockerten, der Gedanke selbst milder und seiner Zweischneidigkeit entkleidet wurde. Aber es scheint, daß die ganze Strenge und Consequenz, die Schroffheit und Härte des alten Jus civile nöthig war, um das Privatrecht vor der Allmacht des antiken Staats zu schützen und die Herrschaft des Einzelnen über sein Vermögen zu einem ebenso unnahbaren Heiligthum zu machen, wie die des Staats in seinem Gebiet war. Dem Griechen kam es natürlich vor, daß der Einzelne im Verhältniß zum Staat rechtlos sei. Von diesem Standpunkt aus konnte ihm die von Plato vorgeschlagene Aufhebung der Ehe und

des Privateigenthums gar nicht auffallen, er sah darin nur eine consequente Durchführung der politischen Gedanken, die ihn beherrschten. Einem Römer wäre diese Aufhebung nie als möglich in den Sinn gekommen. Wenn aber die Herrschaft des Bürgers über Familie und Eigenthum minder energisch aufgetreten wäre als die des Staats über das gemeine Wesen, so würde auch in Rom das Privatrecht von fremden Einflüssen nicht unberührt geblieben und zu keinem selbständigen Dasein gelangt sein; um einen Ausdruck Jherings zu brauchen, es wäre nicht „zu sich selbst" gekommen. Denn nur so wie es geschehen, nicht anders, konnte das römische Recht seine Aufgabe lösen. Sollte es vom antiken Staat emancipirt werden, so mußte es selbst dessen Natur annehmen.

Gleichwohl mußten die glücklichsten Umstände zusammentreffen, wenn der eben aufgeschossene Keim nicht wieder zu Grunde gehen, das Recht vielmehr im weitern Verlauf der Geschichte seine Selbständigkeit bewahren und zugleich die Elemente höherer Cultur in sich aufnehmen sollte. Mit seiner ersten Entdeckung und Ausscheidung war noch nicht Alles gewonnen; es geht gar mancher edle Keim im Leben der Völker wie der Individuen wieder verloren, wenn die Umstände nicht seine Entfaltung begünstigen. Das war es aber nun, was bei dem römischen Volk in eminenter Weise eintrat, so sehr, daß es fast scheint als habe die Geschichte bei ihm gerade nur diesen Keim zu voller Blüthe und Frucht wollen kommen lassen. Es hat das Privatrecht nicht nur zuerst aufgestellt, sondern gleich soweit ausgebildet und vollendet, als dies im Alterthum überhaupt möglich war. Und hierin liegt mehr als ein bloßer Fortschritt von der griechischen, ein bloßer Uebergang zur modernen Entwicklung, es liegt darin das Resultat des römischen Lebens, das unmittelbar in uns fortlebt, weil auch die modernen Culturvölker noch an ihm gelernt haben und für alle Zeiten lernen werden, ohne es je auszulernen. In diesem Sinne ist eben das römische Volk das welthistorische des Rechts, wie das griechische das der Kunst. Es hat ein Musterrecht geschaffen, das seiner Zeit nicht besser hätte entsprechen können und uns zugleich zeigt, wie wir für unsere Verhältnisse zu einem ähnlichen gelangen können.

Drei Umstände sind es, welche auf die Ausbildung des römischen Rechts von besonders glücklichem Einfluß waren und die wir in ihrem Einfluß auf das Recht noch näher zu erörtern haben: die eigenthümliche Begabung des Volks; die frühzeitig entwickelten Lebensverhältnisse; und das naturgemäße Zusammenwirken der Rechtsquellen selbst.

Was den ersten Punkt anlangt so ist von den allgemeinsten Charakterzügen des Volks schon oben die Rede gewesen: von seinem Nützlichkeitssinn, seiner Berechnung und Gewinnsucht, seinem reflectirten, abstracten, nüchternen und praktischen Wesen. Es ist aber nicht allein die geistige Anlage, der Sinn für das Begriffliche und Logische, was die Römer vor allen Völkern zur Ausbildung des Rechts befähigte; es ist auch die eigenthümliche Begabung des Gemüths, ihre Willenskraft und Mäßigung, die neben den spätern Untugenden die ursprüngliche Anlage erst zu voller Entfaltung kommen ließ. Schon Niebuhr hat es ausgesprochen, daß Rom seine Größe dem Ebenmaß der erhaltenden und bewegenden Kräfte verdankt, dem gesunden Conservatismus auf der einen und dem Sinn für zeitgemäße Neuerungen auf der andern Seite. Diese Tugenden waren freilich dem Volk angeboren, aber wie alles Nationale hatten sie ihre Geschichte, und erst im römischen Staatsleben haben sie sich vollständig entwickelt. Ohne sie würden die Kämpfe zwischen Patriciern und Plebejern ganz anders verlaufen sein und uns etwa ein ähnliches Bild zeigen wie die Parteikämpfe in Griechenland; nachdem sie einmal da waren, wurden sie umgekehrt im Kampf gestärkt und weiter ausgebildet. Die Uebung ließ sie wachsen und zunehmen. Sie waren es die dem römischen Staat eine längere Lebensdauer sicherten als dem griechischen, und wenn die Verfassung die beste ist, welche dem Alten und dem Neuen gleich sehr gerecht wird, dann war es gewiß die römische, so lange sie ihren ursprünglichen Geist bewahrte. Ohne Zweifel hat dabei der Umstand wesentlich mitgewirkt, daß schon in der ältesten Zeit Ackerbau und Handel neben einander getrieben wurden, eine starke ländliche Bevölkerung treu das Alte festhielt, die große Hauptstadt aber stets einen Impuls zur Bewegung gab. Wenig-

stens ist soviel sicher, daß auf der einen Seite die Stagnation vermieden wurde, die wir in den dorischen Agriculturstaaten treffen, und auf der andern die Ueberstürzung, die uns in den jonischen Handelsstaaten begegnet. Und wenn wir England das moderne Rom zu nennen pflegen, dann sollten wir nicht vergessen, daß auch die äußern Verhältnisse in England ähnliche sind wie im alten Rom und die gleichen Wechselwirkungen zwischen Land und Stadt, Ackerbau und Handel Statt finden wie dort. Natürlich sehen wir dabei von der spätern Entartung und den gewaltigen Unterschieden ab, welche die Analogie im Uebrigen darbietet.

Dieselben Tugenden, welche die Größe des römischen Staats bedingt haben, haben auch das römische Recht groß gemacht: die Weltherrschaft beider ist aus der nämlichen Quelle entsprungen. Trotz der scharfen Sonderung des Rechts vom Staat sind beide doch gerade in Rom auf's Nächste mit einander verwandt. Ob es der Staat ist, der sein Imperium über Völker und Länder erstreckt, oder das Recht, das dem Einzelnen die Herrschaft über Familie und Vermögen verleiht, es ist immer dasselbe römische Volk, das hier wie dort seine Energie des Willens und der That, seine Klugheit und Kraft, seine Besonnenheit und Mäßigung bewährt. Nur daß die Tugenden des Volks im Rechtsleben erst dann zur vollen Wirkung gelangten, als sie im Staatsleben sich bereits erschöpft hatten. So sonderbar es klingt, man könnte beinah von einer Succession der Rechtsgeschichte in die des Staats, von einer zeitlichen Aufeinanderfolge beider reden. Der Staat erreichte seine höchste Blüthe im dritten Jahrhundert vor Chr., was darauf folgte war äußeres Wachsthum, während der altrömische Geist aus der Verfassung mehr und mehr schwand; das Recht aber begann damals erst seine Entwicklung, erst vom zweiten punischen Krieg an fand seine Ausbildung zum Weltrecht Statt, also gerade in der Zeit des Verfalls. Hier war es, wo die altrömische Tugend noch lange in ungebrochener Kraft fortwirkte. Als Zucht und Sitte aus der Verfassung wichen, fanden sie im Recht eine zweite Heimat; bis zum letzten Augenblick hat sich die Reinheit und Strenge des römischen Charakters hier behauptet: am Ende

der Entwicklung steht Papinian, der für das Recht den Märtyrertod erlitt, zum Zeichen, daß erst im Recht Altrom sein Leben aushauchte.

So tritt uns denn vor Allem jener gesunde Conservatismus und der Sinn für zeitgemäße Neuerung in der Geschichte des Rechts wieder entgegen. Nirgends wurde willkürlich geändert, nie wurden bloße Versuche gemacht, wie man wohl jetzt mitunter glaubt, es komme nur auf die Kunst zu organisiren an; das Alte blieb nicht weil es gut, sondern weil es alt war, so lange bis der Fortschritt des Lebens, die äußere Ausdehnung des Reichs oder die innere Entwickelung, seine Unhaltbarkeit darthat. Dann suchte man sich nicht, wie es auch wohl heut zu Tage geschieht, aus Schwäche oder Eigennutz, aus Trotz oder Bosheit dem Fortschritt zu verschließen, sondern mau folgte ihm Schritt für Schritt nach, ohne vom Alten mehr zu opfern als nöthig war. Derselbe Conservatismus, der eben noch das Alte vertheidigt hatte, wandte sich nun mit ganzer Kraft und Aufrichtigkeit dem Neuen zu. Nie kam das Recht aus seinen Fugen, nie wurde willkürlich neues Recht gemacht, und doch wurde es fortwährend ergänzt und umgebildet, doch wurde es endlich ein neues, so sehr, daß wenn wir seine jüngste Gestalt mit der ältesten vergleichen, kaum eine Spur von Aehnlichkeit sich zeigt. Es wurde ein anderes und blieb doch stets dasselbe: ein anderes, indem es seine Schroffheit milderte, seine Fesseln abstreifte und seine Formen mit derselben Spannkraft und Elasticität ins Unendliche erweiterte, mit welcher der Staat seine Verfassung über Länder und Völker ausdehnte; dasselbe, indem es wie der Staat von Anfang bis zu Ende den römischen Typus bewahrte, den Charakter innerer Einheit und Gleichheit, seine centralisirende und nivellirende Kraft, die Alles sich zu assimiliren wußte. Wohl wurde es im Lauf der Zeit von seiner nationalen Härte und Einseitigkeit befreit, es wurde geschmeidiger und freier, reicher gegliedert und ausgebildet, aber es blieb seiner Quelle und Wurzel nach doch immer das alte quiritische Recht. Es ist nicht das Jus Gentium, welches das Jus civile in sich verarbeitet und

verzehrt hätte, sondern umgekehrt das letztere, welches dem erweiterten Inhalt römisches Gepräge aufgedrückt hat.

Wie darum der Staat Jahrhunderte lang der beste war, weil er das Alte erhielt und das Neue nicht ausschloß, so ist das Recht das beste geblieben, weil es mit nicht minderer Treue am Alten hing und sich doch fortwährend dem Neuen öffnete. Es zeigt uns beinah Ruhe und Bewegung zu höherer Einheit verbunden, wie die fortschreitende Entwicklung unmittelbar das Recht ergreift, es mit wachsen läßt und dabei doch in seiner Eigenthümlichkeit erhält, so daß es niemals sich selbst verliert. In der That, es ist eine wunderbare Erscheinung, wie diese Umbildung des Rechts ruhig und fast unmerkbar sich vollzog, während der Staat in derselben Zeit die gewaltigsten innern und äußern Kämpfe zu bestehen hatte und aus dem alten ruhigen Geleise in neue, fremde Bahnen geschleudert wurde. Gewiß muß es ein großes Volk gewesen sein, von der allerstärksten sittlichen Kraft, daß eine solche Rechtsentwicklung möglich war und gerade während des Verfalls vollendet werden konnte. Wüßten wir von der römischen Geschichte nichts als ihr Ende, wäre uns nur die Zerrüttung und Verderbniß der Kaiserzeit aufbewahrt, so würden wir aus dem Recht dennoch auf eine ursprüngliche Reinheit und Strenge der Sitte, auf die Tugend und Größe des altrömischen Charakters zurückschließen können.

Ein anderer Umstand, der für die Rechtsgeschichte von günstigstem Einfluß war, lag in den früh entwickelten und innerlich sich gleich bleibenden Lebensverhältnissen. Es war nicht bloß das Recht, welches seine ursprüngliche Natur beibehielt, es war umgekehrt auch das Leben, das nur eine äußere Rechtsentwicklung forderte, indem es innerlich das alte blieb. Nicht als ob es unverändert geblieben wäre: es hat allerdings auf wirthschaftlichem wie auf geistigem Gebiet eine gewaltige Entwicklung Statt gefunden; aber der Fortschritt war mehr ein extensiver oder quantitativer als ein intensiver oder gradueller. Die Stufe der wirthschaftlichen Cultur ist ziemlich unverändert dieselbe geblieben, und darum war aller Fortschritt, so groß er scheinen mag, doch nur die Entfaltung dessen, was schon von Anfang an in ihr enthalten war. Denn

wie wir oben sahen, hatte das römische Volk schon in frühester Zeit aufgehört, ausschließlich Ackerbau zu treiben; gleich in den ersten Zeiten der Republik fanden wir es auf derjenigen wirthschaftlichen Stufe, welche wir mit dem Namen Geldwirthschaft bezeichnen; und diese Stufe hat sich durch die ganze römische Geschichte hindurch ohne eigentliche innere Entwicklung erhalten. Wohl war auch das römische Volk anfangs ein ausschließlich ackerbauendes wie das deutsche, aber es hat dies Stadium fast schon bei seinem Eintritt in die Geschichte überwunden, während wir erst tief im Mittelalter in Folge des neu aufkommenden städtischen Lebens so weit gelangen konnten. Wohl hat das Geld in Rom nicht gleich zu Anfang dieselbe Bedeutung gehabt wie später, und wenn wir an die alten Kupferasse der Republik und den ungeheuren Geldumlauf der Kaiserzeit denken, dann werden wir gern zugestehen, daß auch in Rom der Verkehr erst später sich ins Riesenhafte gesteigert hat, ja daß bei den rasch anwachsenden Eroberungen die Steigerung sogar viel plötzlicher und rascher eintrat als bei uns. Aber dennoch war das Verhältniß günstiger wie bei uns, weil es immer nur eine Steigerung, kein Uebergang zu einem neuen System war. Wir haben mit der Zeit eine höhere Stufe erreicht, haben Handel und Handwerk als selbständige Erwerbszweige ausgebildet, wir haben glücklicher Weise noch immer nicht den trostlosen Zwiespalt von Reich und Arm wie in Rom, während unsere Cultur die römische unendlich weit hinter sich zurückgelassen hat, aber eben weil wir in Folge unserer langsamern und vielseitigern Entwicklung mit der Zeit eine andere und neue Culturstufe erreichten, mußte ein Zwiespalt zwischen dem Recht, welches auf die ältern Verhältnisse berechnet und aus ihnen hervorgegangen war, und dem fortgeschrittenen Leben mit seinen völlig neuen Lebensverhältnissen entstehen.

Und das war in Rom nirgends und zu keiner Zeit der Fall. Jener Zwiespalt der bei uns durch die Aufnahme des fremden Rechts mehr künstlich verdeckt als ausgeglichen wurde, da er zum Theil bis auf den heutigen Tag fortdauert, hat sich in Rom gar nicht gebildet oder konnte auf die natürlichste Art durch das ein-

heimische Recht selber gelöst werden. Denn da die Lebensverhältnisse ihrer innern Natur nach die alten blieben, bedurfte es keiner vollständig neuen Rechtsinstitute, und das frühere Recht gewährte seinem factischen Gehalt nach im Ganzen den Zuständen der späteren Zeit einen ebenso consequenten Ausdruck wie denen des früheren. Es ist überhaupt weniger der Stoff, wie die Form und der Charakter des römischen Rechts, was sich im Lauf der Zeit geändert hat, und gerade für eine solche Aenderung reichten die dazu bestimmten gewöhnlichen Organe des Rechts vollkommen aus.

Der Einfluß des prätorischen Edicts, durch welches vorzugsweise das Recht fortgebildet wurde, zeigt sich daher am einschneidendsten bei solchen Instituten, die keinen unmittelbaren stofflichen Gehalt haben: vor Allem im Prozeß, in der Zulassung und Erweiterung der Stellvertretung, in den neuen Klagformen und Interdicten, um die alten Civilklagen zu erweitern; bei dem Einfluß, den Zwang, Irrthum oder Betrug auf ein Rechtsgeschäft ausüben; bei Verletzungen, die das Recht selbst herbeigeführt hat, und deren Ausgleichung; in der Behandlung der Zeit, der Berechnung des Schadenersatzes und dergleichen mehr. Aber die Institute des sogenannten Jus Gentium, wie sie nach und nach anerkannt wurden, das bonitarische Eigenthum, die formlosen Contracte, die Naturalobligation, die freie Ehe, die Bonorum Possessio, das Fideicommiß, sind ebenso gut römische wie die civilen. So ist z. B. der Gedanke, welcher die natürlichen Erwerbsarten des Eigenthums beherrscht, daß die factische Gewalt über eine Sache die rechtliche nach sich zieht, ein ächt römischer. Die Tradition ist gewiß älter als die Mancipation, nur hatte sie ursprünglich keine rechtlichen Wirkungen. Erst als der Verkehr zunahm und nicht mehr allein Grundstücke, Sclaven und Vieh getauscht wurden, bequemte man sich, der formlosen Uebergabe unter Umständen die Wirkung des Eigenthumserwerbes zuzuerkennen. Neben der Civilobligation durch Fiducia, Nexum, Sponsio und Litteris, gab es ohne Frage schon in der ältesten Zeit auch Geschäfte ohne civile Form, nur waren sie gleichfalls rechtlich unwirksam, wenn man sie vor Gericht geltend machte. Allein der Verkehr mit den Fremden, welche des Jus

civile unfähig waren, nöthigte dazu, eine Reihe dieser Geschäfte, die Realcontracte, die Stipulation, die Verpflichtung durch Handschein, insbesondere die bloßen Consensualverträge, als Jus Gentium den civilen gleichzustellen.

Ganz gewiß wurden hie und da auch wesentlich neue Institute nöthig, und wir kennen deren nicht wenige, die dem Prätor oder den Juristen ihren Ursprung verdanken, allein im Verhältniß zu der großen Menge anderer, die schon das Jus civile kannte, erscheinen sie nur als Ausnahmen, welche die Richtigkeit unserer Behauptung bestätigen. So erklärt sich die scheinbar auffallende Thatsache, daß das prätorische Edict, worin sich Jahrhunderte lang beinah ausschließlich der Fortschritt des Rechts bewegte, dem Jus civile doch nur parallele Institute an die Seite zu setzen wußte: dem quiritischen Eigenthum das bonitarische, der Usucapion die Verjährung, den formellen Contracten die sogenannten formlosen, der Erbschaft die Bonorum Possessio, dem Mancipationstestament das Testament mit sieben Siegeln, dem Legat das Fideicommiß: weil ein Bedürfniß zu neuen Instituten nicht vorhanden war. Es sind verschiedene Formen für ein und dasselbe Verhältniß, eine strengere des alten Jus civile und eine freiere des Jus Gentium, während die factischen Grundlagen, denen das Recht diesen doppelten Ausdruck giebt, im Ganzen die nämlichen sind. So lange das Leben ein beschränktes war, hatten die starren und beschränkten Formen des Jus civile genügt, als es den Weltverkehr in sich aufzunehmen begann, mußte gleichzeitig auch das Recht ein universelles Element in sich aufnehmen. Wie langsam aber die thatsächlichen Zustände anders wurden, sehen wir daraus, daß geraume Zeit jener Parallelismus neben einander bestand und der Unterschied sich zunächst nur auf die Personen bezog, die Fremden lediglich des Jus Gentium, die Bürger aber auch des Jus civile fähig waren. Und doch fand ein steter, ununterbrochener Fortschritt der Rechtsentwicklung Statt. Gerade dadurch gelang es, den nationalen Geist in seiner Eigenthümlichkeit zu bewahren und ihn befreit und geläutert in dem neuen Recht zum zweiten Mal aufleben zu lassen.

Das alte Recht wurde allmählich verdrängt, wie die Civitas sich nach und nach zum Reich erweiterte, aber was an seine Stelle trat war nicht das Fremde, sondern eine Wiedergeburt des Nationalen. Als endlich fast alle Theile des Rechts von dem neuen Geist durchdrungen waren und der Dualismus seine praktische Bedeutung verloren hatte, da konnten Rechtswissenschaft und Gesetzgebung ihn wieder beseitigen und das Recht auch äußerlich auf die ursprüngliche Einheit zurückführen, die es im Grunde niemals verloren hatte.

Eine so ruhige und harmonische Entwicklung war natürlich nur unter der Voraussetzung möglich, daß schon die ältesten Zustände einem regern Verkehrsleben entsprachen, das Recht daher von Anfang an für relativ ausgebildete und vorgeschrittene Verhältnisse bestimmt war. Wie im Staat war es auch im Recht jene uralte merkwürdige Verbindung von Ackerbau und Handel, was eine so frühe Blüthe hervorrief und ihm von Haus aus einen Zuschnitt gab, daß es sich später ohne Mühe zum Weltrecht erweitern konnte. Während die Germanen erst seit dem eilften und zwölften Jahrhundert zu einem eigentlichen Handel gelangten, verdankte Rom demselben seinen Ursprung, und die Geschichte konnte gleich mit einer städtischen Entwicklung beginnen, die wir bei uns erst tief im Mittelalter sich emporringen sehen. Da war es natürlich, daß das Recht, welches mit dem neuen Staat emporwuchs, trotz seiner Strenge und Härte einen freiern und beweglichern Charakter hatte wie unser deutsches.

Dem Rechtssinn der Römer mußte deshalb vor Allem der Unterschied zwischen dinglichen und persönlichen Rechten in's Auge fallen, während der Unterschied zwischen Immobilien und Mobilien zurücktrat. Ackerbau und Handel neben einander führten beinah von selber darauf, auch wenn der Gedanke des absoluten Privateigenthums in Verbindung mit dem freien Verkehr ihn nicht zum Bewußtsein gebracht hätte. Blieb das sabinische Element vorzugsweise dem Ackerbau zugethan und datirt vielleicht von ihm die Selbständigkeit des Privatrechts, so erklärt sich auch, weshalb nur das Eigenthum, nicht die Forderungen zum Vermögen ex iure

Quiritium gerechnet wurden. Denn so scharf man den Begriff einer Forderung fassen mochte, ein präsentes Rechtsobject war doch erst dann vorhanden, wenn sich die Forderung wieder in Eigenthum verwandelt hatte. Dagegen machte es keinen Unterschied, ob der Gegenstand der Rechte ein beweglicher oder unbeweglicher war: sobald zugleich Handel getrieben wurde, konnte man dem Boden wegen seiner natürlichen Ertragsfähigkeit keinen Vorzug mehr vor den Mobilien einräumen. Allerdings mußte der abstracte Sinn der Römer hinzukommen, um über die factischen Unterschiede der Sachen hinwegzusehen und sogleich zum verschiedenen Begriff der Rechte aufzusteigen. Allein wenn das Leben nicht die Möglichkeit einer solchen Abstraction gewährt hätte, würde der Rechtssinn an sich nimmer dazu geführt haben.

Es mag auffallend scheinen, daß das Recht der spätern Zeit den Unterschied zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen mehr berücksichtigte als das ältere, während man umgekehrt erwarten sollte, daß er weiter zurückgetreten wäre. Indeß liegt darin einmal nur eine Milderung der übertriebenen Consequenz des alten Rechts, und sodann gerade der Beweis, wie früh sich die wirthschaftliche und politische Bedeutung des Unterschieds verlor. Die spätere Eintheilung der Sachen in res immobiles, mobiles und sese moventes scheint erst auf dem Weg der Abstraction wiedergewonnen zu sein. Daß man sie auf körperliche Sachen beschränkte und die Thiere als sese moventes besonders hervorhob, läßt den Unterschied mehr als theoretische Distinction wie als Resultat der praktischen Verhältnisse erscheinen.

In jedem Fall lag in der Scheidung von Eigenthum und Forderung ein unendlicher Fortschritt, da durch ihn der Gedanke des Privatrechts erst seinen Abschluß fand. Er ist nicht bloß die Grundbedingung der Rechtssicherheit, sondern die Voraussetzung eines jeden culturfähigen Privatrechts überhaupt. Aber er wäre nicht möglich gewesen, wenn die thatsächlichen Zustände ihn nicht begünstigt hatten. Geraume Zeit blieb er dem deutschen Recht in der eigenthümlichen Schärfe, wie ihn die Römer faßten, unbekannt, nicht weil wir unfähig gewesen wären, von der factischen Ungleich-

heit der Sachen abzusehen und zum verschiedenen Begriff der Rechte vorzudringen, sondern weil die Lebensverhältnisse einer solchen Gleichstellung der Sachen und ihrer abstracten Unterordnung unter den Rechtsbegriff widersprochen hätten.

Wie die oberste Eintheilung, von welcher das römische Recht ausging, so zeigt uns dasselbe auch im Einzelnen die fortgeschrittenen und entwickelteren Zustände des Alterthums im Vergleich zu denen des Mittelalters. Im Sachenrecht ist beinah jede Spur von einer verschiedenen Behandlung des Grundeigenthums und der fahrenden Habe verschwunden: für beide gelten dieselben Formen des Erwerbes und Verlustes, dieselben Klagen, derselbe Inhalt des Rechts; die geringen Abweichungen bei der Verjährungszeit, den Interdicten und einige andere kommen dagegen kaum in Betracht. Es kennt eigentlich gar keine verschiedenen Arten von Sachen, oder wo es solche aufstellt wie die Fungibilien, quae pondere, numero, mensura constant, die Consumtibilien, quae usu vel consumuntur vel minuuntur, die Begriffsganzen oder universitates rerum distantium, die Pertinenzen, die Verwendungen, die Früchte und Zinsen, deuten sie wiederum auf ein frühzeitig ausgebildetes Verkehrsleben. Nur der Unterschied der ländlichen und städtischen Grundstücke (praedia rustica und urbana) erinnert an ältere wirthschaftliche Zustände, er äußert jedoch nur bei den Servituten und Veräußerungsverboten eine untergeordnete Wirksamkeit. Da die beweglichen Sachen den unbeweglichen rechtlich gleichgestellt wurden, erscheint das Grundeigenthum nicht im Mindesten bevorzugt, dafür aber auch ebenso frei und unbeschränkt wie das bewegliche. Es mag sein, daß das Princip der Individualfreiheit ein freies Eigenthum verlangte. Liegt indeß nicht der Gedanke nah, daß das Princip erst durch die Bedürfnisse des Lebens geweckt und hervorgerufen worden sei? Nirgends zeigt sich der Zusammenhang zwischen Wirthschaft und Recht unmittelbarer als in der Behandlung des Grundeigenthums. Wenn die Römer also von Anfang an freie Theilbarkeit und Veräußerlichkeit für dasselbe zuließen, so heißt das mit andern Worten: es war nicht mehr ausschließlich Grundlage des nationalen Lebens, es galt nur als gewöhnlicher

Bestandtheil des Vermögens und wurde als solcher auch ein Element des Verkehrs. Es ist nicht allein der Geist des Rechts, der das Leben beherrscht, sondern das Leben, was jenem erst seine bestimmte Richtung giebt; wie ein Volk mit durch die Beschaffenheit des Landes zu dem wird was es ist, so das Recht durch die des Bodens, die Art des Anbaus und die übrigen Erwerbszweige. So wenig wie wir uns ein deutsches Mittelalter mit freier Theilbarkeit und Veräußerlichkeit des Grundeigenthums vorstellen können, so wenig können wir uns ein römisches Alterthum ohne solche denken. Dort war es die Gebundenheit, hier die Freiheit der Besitzverhältnisse, von der allein die Entwicklung ausgehen konnte. Selbstverständlich mußte sie deshalb in Rom rascher ablaufen wie bei uns; es war ein Mangel, daß das Recht dem geschlossenen Grundbesitz keinen Schutz gewährte, aber es wäre thöricht, den Verfall von dem Princip der Verkehrsfreiheit abzuleiten, das nicht bloß Ursache, sondern schon Wirkung des Lebens war. Darum blieben auch die Versuche, die man zur Zeit der Bürgerkriege machte, einen unveräußerlichen Grundbesitz herzustellen, ohne Erfolg, denn die Entwicklung, die dem Ende zueilte, ließ sich nicht auf ihren Anfang zurückschrauben. Hatte die römische Geschichte mit der Freiheit des Eigenthums begonnen, so konnte sie nicht mit der Unfreiheit desselben schließen.

Auch die Erwerbsformen des Eigenthums zeigen die relativ fortgeschrittenen Zustände der ältesten Zeit. Die unbeholfenen Formen des Jus civile, Injurecessio und Mancipatio, erinnern zwar an die Gebundenheit des altrömischen Lebens, allein wir dürfen dabei nicht vergessen, daß sie durch eine Ersitzung von einem und zwei Jahren ergänzt wurden. Die außerordentlich kurze Usucapionszeit beweist ebenso sehr für, wie die Schwerfälligkeit der gesetzlichen Erwerbsformen gegen einen lebhaften Verkehr; bedenken wir, daß die Gegenwart für das Grundeigenthum gerichtliche Auflassung vorzieht, so möchte der erste Umstand stärker ins Gewicht fallen als der letzte. Jedenfalls war man genöthigt, schon für die Sicherheit des Verkehrs zu sorgen. Bald kamen die freien Formen des Jus Gentium hinzu; zu Cicero's Zeit hatte man

für die Gegenstände des spätern Verkehrs (res nec mancipi) bereits die einfache Tradition der Mancipation gleichgestellt.

Am besten aber zeigt die Dürftigkeit des Sachenrechts im Allgemeinen, wie entwickelt die römischen Zustände im Vergleich zu unsern mittelalterlichen gewesen sein müssen. Das Jus civile kannte nur zwei dingliche Rechte, Eigenthum und Servituten; keine getheilten Besitzverhältnisse, keine Grundabgaben und Reallasten, kein Pfandrecht. Oder da die Servituten sich zum Eigenthum verhalten wie die Ausnahme zur Regel, eigentlich nur ein einziges, das Eigenthum, dies aber als totale Herrschaft über eine Sache mit dem Charakter völliger Ausschließlichkeit und Unbeschränktheit. Hier wurde der Gedanke des Privatrechts in seiner ganzen Reinheit und Schärfe verwirklicht, aber die Verwirklichung hatte wieder eine streng durchgeführte Geldwirthschaft zu ihrer nothwendigen Voraussetzung. Ein ackerbauendes Volk, das nur mit den Erzeugnissen des Bodens wirthschaftet, hätte zu einem solchen Eigenthum nimmer gelangen können: dasselbe muß vielmehr vom Boden abhängig bleiben, kann neben sich kein gleichberechtigtes Capitaleigenthum dulden, muß dafür aber auch die mannigfachsten Lasten tragen. Denn so lange ein Volk seine Bedürfnisse nur durch den Ackerbau bestreitet, müssen alle Abgaben und Lasten auf den Boden geworfen, das Eigenthum daran also nothwendig beschränkt werden. Die älteste Zeit, die gar keine Entwicklung kennt, mag wohl ein unbeschränktes Eigen ertragen, eine Zeit steigender Entwicklung, die vom Ackerbau zum Handel und Gewerbe übergeht, muß gerade während des Uebergangs das Grundeigenthum auf die mannigfachste Art belasten, weil nur so die ganze Kraft der Cultur angespannt nnd zur Ueberwindung der alten Zustände nutzbar gemacht werden kann. Das römische Eigenthum dagegen war vom Grund und Boden unabhängig, der rechtliche Begriff desselben enthielt keine Beziehung mehr auf ihn, der Verkehr mußte sich also schon von ihm abgelöst haben. So erklärt sich, weshalb das alte Recht, vom Precarium abgesehen, neben dem Eigenthum nur Mieth- und Pachtverhältnisse an Grundstücken kennt. Erst zu Ende der Entwicklung kam es vor, daß der Prätor den Miether oder Pächter

in gewissen Fällen als dinglich Berechtigten behandelte, indeß sieht man es diesen Instituten der Superficies und Emphyteuse auf den ersten Blick an, daß sie in das ursprüngliche System nicht passen und erst der spätern Zeit ihre Entstehung verdanken.

Aus dem nämlichen Grund waren in Rom auch keine Reallasten möglich, weil bei dem frühzeitig ausgebildeten Geldverkehr alle Abgaben in Geld und von Geldeswerth entrichtet wurden, nicht in Erzeugnissen des Bodens oder vom Grundvermögen unmittelbar. Wer die Reallasten nur begrifflich zu construiren versucht, wird zu keinem Verständniß derselben gelangen, denn ihre Bedeutung ist zunächst eine wirthschaftliche. Sie sind für unentwickelte Zustände dasselbe was für entwickelte die Steuern, nur daß die letztern ausschließlich an den Staat, Reallasten aber jedem beliebigen Grundherren gezahlt werden können. Zugleich vertritt die Reallast als freiwillig übernommene noch eine Anzahl reiner Privatgeschäfte der spätern Zeit: das zinsbare Darlehn, die Hypothek, Pacht- Mieth- und Kaufcontracte. Sobald daher der Geldverkehr durchdringt, müssen die Reallasten weichen; das Recht stellt dann beweglichere Formen auf, wie gerade das Darlehn und die Hypothek, die den spätern Verhältnissen, insbesondere der ausgebildeten Capitalwirthschaft, besser entsprechen. Es ist also vor Allem eine Folge des fortgeschrittenen Lebens, nicht der Vortrefflichkeit des römischen Rechts, wie die Romanisten so gern glauben, wenn dem letztern soweit wir zurückgehen können Reallasten unbekannt waren.

Daß dagegen das alte Jus civile kein Pfandrecht kannte, hat in der innern Beschränkung der altrömischen Verhältnisse seinen Grund, und darin zeigt sich ein wesentlicher Mangel der frühzeitigen Entwicklung. Er ist eben aus dem raschen Uebergang zur reinen Geldwirthschaft zu erklären, der es dann später nicht mehr zur Entwicklung eines Realcredits kommen ließ. Leihe, Grundzins, Rentenkauf, Unterpfand sind Alles Institute, welche den langsamen und allmählichen Uebergang von der Natural- zur Geldwirthschaft bezeichnen. So konnte dem römischen Geldverkehr nur ein persönlicher Credit, der Forderung nur die Personalexecution zur Seite gehen, während bei uns der stufenweise Fortschritt eine Menge von

Verbindungen der Arbeit und des Capitals mit dem Boden hervorrief. In dieser successiven Entfaltung der drei Productivkräfte Natur, Arbeit und Capital nach ihrem ganzen und vollen Inhalt liegt der größte Vorzug unserer Entwicklung, während die römische vom Ackerbau sogleich zur Capitalwirthschaft übersprang und den productiven Factor der Arbeit erdrückte. Denn jene Institute haben nicht bloß im Interesse der Besitzenden den Realcredit erzeugt, sondern durch ihn auch zur Entwicklung der Arbeit und zum Aufsteigen der niedern Stände beigetragen: sie haben die allmähliche Emancipation des Handwerks vom Grund und Boden bewirkt und so dem Stand der freien Grundeigenthümer einen Handels- und Gewerbstand an die Seite gesetzt, indem sie ebensowohl dem Grundeigenthum die Möglichkeit gewährten, sich an der nationalen Entwicklung zu betheiligen, wie der Arbeit das Mittel, zu Grundbesitz zu gelangen. Auch das spätere Hypothekenrecht der Römer ist deshalb unvollkommen geblieben, denn was das Wesen unserer Hypothek ausmacht, die Verbindung einer Forderung mit einem bestimmten Grundstück, tritt in dem römischen Pfandrecht vollständig zurück. Es hat sich umgekehrt zunächst an Mobilien ausgebildet, und wenn es bald auf alle Gegenstände des Verkehrs Anwendung fand, so beweisen doch die Privat- und Generalhypotheken, daß es bis zur Entwicklung eines selbständigen Pfandrechts an Liegenschaften, wie der Realcredit ein solches fordert, nicht gelangt ist. Die unbedingte Gleichstellung von beweglichen und unbeweglichen Sachen bildete hier eine Schranke; was ursprünglich ein Hebel der Bewegung gewesen war, wurde am Ende eine Fessel derselben.

Liefert das Sachenrecht mehr negativ den Beweis für den frühzeitigen Fortschritt des römischen Lebens, so zeigt uns das Obligationenrecht in seiner reichen Ausbildung diesen auch positiv. So tritt schon in den zwölf Tafeln die Pecunia, Vieh und Geld, als das bewegliche Element des Vermögens der Familia zur Seite; so wird frühzeitig die doppelte Natur des Geldes unterschieden und seine wirthschaftliche Function als Werthrepräsentant in der Condiction anerkannt, während es nur ausnahmsweise, wenn die

Identität der Geldstücke nachgewiesen werden kann, Gegenstand der Vindication ist; so werden schon früh die Zinsen als selbstverständlich bei der Benutzung fremden Capitals vorausgesetzt und später treffend als „Civilfrüchte" mit den Erzeugnissen des Bodens auf eine Linie gestellt; ja schon der Begriff der Obligation zeigt uns die ausgebildete Geldwirthschaft, indem die Leistung in Sachen bestehen muß, quae pecunia lui praestarique possunt. Also bereits zur Zeit des alten Civilrechts war das Geld allgemeines Tauschmittel geworden. Nur der Name der condictio triticaria, die zwischen der condictio certi und incerti in der Mitte steht, sachlich aber in der Form der legis actio per sacramentum als älteste zu denken ist, erinnert daran, daß auch in Rom ursprünglich das Getreide die Stelle des Geldes vertrat.

Konnte die römische Geschichte mit so entwickelten Verhältnissen beginnen, so darf es uns nicht Wunder nehmen, daß das Recht gerade in der Ausbildung eines unendlich reichen Obligationenrechts die ganze Fülle seiner Kraft entfaltete. Es ist nicht etwa wie bei uns ein besonderer Stand, welcher Handel und Gewerbe getrieben und zunächst für sich ein eignes Handels- und Gewerbsrecht erzeugt hätte, es sind alle Stände des Volks, die sich mit Handels- und Geldgeschäften abgegeben haben, und darum war das Obligationenrecht in gleichem Grad für Alle anwendbar. Es bildete den wichtigsten Theil des Jus civile, jeder Bürger war dessen fähig, ja das Commercium macht neben dem Connubium die eine Hälfte des Bürgerrechts in privatrechtlicher Hinsicht aus. Während wir das Recht, ächtes Eigen zu besitzen, als wesentliches Freiheitsrecht auffaßten, betonte der Römer sehr characteristisch nicht das dominium ex iure Quiritium, sondern das Commercium (iuris civilis) als Hauptwirkung des Bürgerrechts. Der Ausdruck zeigt, daß es nicht mehr der Mühe werth schien, das Grundeigenthum noch besonders hervorzuheben, weil es so gut wie die bewegliche Habe zunächst nach seinem Tauschwerth in Betracht kam. Gewiß war das ältere Obligationenrecht einfacher als das spätere, wie wir namentlich daran sehen, daß die gleichen Formen (Injurecession und Mancipation) zur Begründung von Sachen- und

Forderungsrechten gebraucht werden, ähnlich wie unser deutsches Recht die gleichen Symbole für Eigenthum und Verträge kennt; aber doch enthält gerade das alte Jus civile schon die Grundlagen für den Prachtbau des spätern Obligationenrechts, das Condictionensystem und die Geschäfte des strengern Rechts (stricti iuris) zeigen dieselbe Vollendung wie die freien Formen des Jus Gentium, und der Verkehr der ältesten Zeit erscheint wenn auch äußerlich beschränkter, doch innerlich nicht minder entwickelt als der spätere.

Schon das alte Recht blieb indeß nicht bei den strengen Formen des Jus civile stehen, denn neben dem Commercium des Jus civile wurde ein Commercium des Jus Gentium anerkannt, und dadurch lernte man gleich anfangs auch den Verkehr zwischen Römern und Fremden rechtlich beherrschen. Die quiritischen Rechte blieben den Peregrinen verschlossen, im Obligationenrecht wurden ihnen die meisten und allerwichtigsten Formen des rechtlichen Verkehrs ebenfalls zugänglich gemacht. Wie hätte es auch bei dem Princip der Verkehrsfreiheit anders sein können? Und wie wäre es seit den Eroberungen möglich gewesen, auf andere Art für allgemein gültige Normen zu sorgen, welche die Sicherheit im Verkehr verbürgt hätten? Es mag allerdings die Rücksicht auf die Fremden mitgewirkt haben, wenn man ihnen keinerlei Beschränkung in Handel und Wandel auferlegte, aber vergessen dürfen wir doch nicht, daß es vor Allem im Interesse der Römer selbst geschah, daß sie es waren, die den Vortheil davon zogen, und daß daher auch das commercium iuris gentium vorzugsweise den Römern zu Gute kam. So erklärt sich, weshalb die materiellen Verträge durch Leistung und Gegenleistung, sowie die formlosen, die ohne hinzutretende Causa nur durch Erklärung des Willens geschlossen werden, von Anfang an iuris gentium sind; weshalb die allgemeinste Verpflichtungsform, in die man alle Verträge einkleiden konnte, die Stipulation, für Fremde wie für Römer galt; weshalb man die Fremden, die keine Hausbücher nach römischer Sitte führten, durch Handscheine in griechischer Weise sich verpflichten ließ; kurz warum der Sache nach das gesammte Obligationenrecht den Fremden ebenso zugänglich war als den Römern. Wenn irgendwo

so zeigt sich gerade hier auch stofflich der Werth und die Vollendung des römischen Rechts: in vielen Fällen hat wirklich die absolute Natur der Sache, das überall sich gleichbleibende Interesse des Verkehrs Anerkennung und vollstes Verständniß gefunden. Es wäre ermüdend, weiter in Einzelnheiten einzugehen, aber immer werden wir wieder auf die Thatsache hingewiesen, daß eine solche Meisterschaft in der Behandlung des Verkehrs nur denkbar bleibt, wenn dieser selbst schon in der ältesten Zeit ein lebendiger und mannigfacher war. Wenigstens hat er sich unendlich rasch entwickelt, zu einer Zeit, wo die rechtsbildende Kraft noch ihre jugendliche Frische hatte, ihn treu im Recht abzuspiegeln. Es war die frühzeitige Entwicklung des Lebens, die es dem Recht ersparte, sich später nicht bloß der Form, sondern auch dem Inhalt nach umgestalten zu müssen.

Ein dritter günstiger Umstand liegt endlich in der naturgemäßen und gesunden Thätigkeit der Rechtsquellen. Während der erste Umstand die nothwendige Voraussetzung des römischen Rechts überhaupt ist, der zweite es möglich machte, daß dasselbe gleich fortgeschrittneren Lebensverhältnissen angepaßt werden konnte, zeigt der dritte, wie die Römer nun in der That ihr Recht im Einklang mit dem Leben zu erhalten wußten: die eigenthümlichen Formen und Werkzeuge, durch welche der Fortschritt desselben vermittelt und schließlich seine innere Vollendung herbeigeführt wurde. Wir haben hier also noch eine kurze Uebersicht der Rechtsgeschichte zu geben, und zwar der äußern, wie man bisher die Geschichte der Rechtsquellen genannt hat. Wir heben nur, soweit es für unsere Aufgabe erforderlich scheint, die wichtigsten Punkte hervor, welche vor Allem zum Gelingen des Werks beigetragen haben: die Fixirung des alten Jus civile im Zwölftafelgesetz; die Ausbildung eines freiern Rechts durch das prätorische Edict; und die Auflösung beider zu höherer Einheit durch die Jurisprudenz. Dabei ist nicht bloß jeder Umstand für sich allein, sondern namentlich ihr Zusammenwirken von Bedeutung.

Eine glückliche Fügung war es zunächst, daß gleich zu Anfang der römischen Entwicklung die Standeskämpfe eine Aufzeichnung

des Rechts hervorriefen. Es sind jedesmal äußere Anlässe, die zuerst bei einem Volk zur Aufzeichnung des Rechts führen, denn ein Grund, der in dem Recht selbst läge, ist dazu ursprünglich nirgends vorhanden. So waren es bei uns die Völkerwanderung und das Christenthum, in Rom politische Bewegungen, die ein geschriebenes Recht verlangten. Aber darin lag ein Unterschied, daß hier im Grund doch eine innere Entwicklung den Anstoß gab, während es bei uns die Berührung mit der Außenwelt war. So blieb in Rom das nationale Recht von äußern Einflüssen frei, es ward in der Sprache des Volks niedergeschrieben, während sich bei uns überall mehr oder weniger das fremde Element aufdrängte, und wäre es auch nur, daß man bei der Aufzeichnung die fremde Sprache hätte anwenden müssen. Ein weiterer Unterschied lag darin, daß die römische Aufzeichnung, so früh sie Statt fand, doch relativ nicht so früh erfolgte als bei uns, vielmehr in einer Zeit, in welcher bereits der Uebergang vom Tauschhandel zum Geldverkehr gemacht wurde, so daß sie geraume Zeit Grundlage des geltenden Rechts bleiben konnte. Die unsrige dagegen fand zu einer Zeit Statt, da die Germanen den allerersten Schritt zur Cultur gethan hatten, so daß sie über kurz oder lang wieder antiquirt werden mußte. Gleichwohl fiel auch die römische früh genug, um mit der Gesetzgebung nicht die Rechtsentwicklung überhaupt abzuschließen. Die günstigste Zeit also war es, als um die Mitte des fünften Jahrhunderts vor Christo die Plebs, da sie nicht länger die Willkür der Patricier mehr dulden wollte, die Aufzeichnung forderte, und diese nach einigem Widerstreben in den zwölf Tafeln wirklich zu Stande kam. Was man brauchte, war nicht sowohl neues Recht, als eine gesetzliche Bestimmung des alten. So wurden die wichtigsten Sätze des ius publicum, sacrum und privatum niedergeschrieben, zwar nur die wichtigsten, diese aber gleichmäßig für das ganze Recht.

Damit trat dasselbe aus dem unbewußten Zustand, wie es bis dahin nur im Glauben des Volks gelebt hatte, heraus und gewann sichtbare Gestalt. Mochte das Rechtsgefühl vorher noch so lebendig sein, erst im Gesetz trat das Recht dem Volk objectiv

gegenüber. Mit den zwölf Tafeln wurde die Selbständigkeit des Privatrechts auch äußerlich vollendet; der gewöhnliche Fortschritt, der in dem Uebergang zum geschriebenen Recht liegt, wurde hier noch gesteigert, indem die Scheidung der verschiedenen Rechtsgebiete, die bis dahin bloß eine innere gewesen war, gesetzliche Anerkennung erhielt. Die zwölf Tafeln waren die Wiege des römischen Rechts, worin es erstarkte und seine Kraft fühlen lernte, bis es die Bande des Gesetzes wieder sprengen konnte.

Zwar wird durch jede gesetzliche Aufzeichnung des Rechts der unmittelbare Zusammenhang desselben mit Sitte und Leben unterbrochen. Allein sobald die politische Geschichte eines Volks beginnt, beginnt auch seine Gesetzgebung, und es fragt sich dann nur noch, wie sie den natürlichen Fortschritt vollziehen soll, ohne die Nachtheile herbeizuführen, welche damit verbunden zu sein pflegen. Diese Nachtheile wurden nun eben in Rom glücklich vermieden. Da die Plebejer weniger eine Aenderung als eine Sicherstellung des Rechts forderten, mußte sich die Aufzeichnung gleichmäßig auf das ganze Recht erstrecken, das Gesetz verlieh also allen Theilen desselben gleiche Festigkeit und Bestimmtheit: nicht wie bei uns, wo das äußere Bedürfniß den Anstoß gab, also auch nur das aufgezeichnet wurde, wofür zufällig ein Bedürfniß vorhanden war, wie zum Beispiel das Wehrgeld der verschiedenen Stände, Strafen und Bußen, Bestimmungen über Fehderecht, Erbfolge, Eigenthum und dergleichen. Darum konnte die römische Aufzeichnung auf Jahrhunderte hin Grundlage des Rechts bleiben; sie bildete in der That nicht das Ende, sondern den Anfang einer Entwicklung. Indem man aber nur die wichtigsten Bestimmungen desselben aufzeichnete und einen großen Theil ungeschrieben ließ, wurde zugleich seine Fortbildung nicht abgeschnitten. Je weniger man daran gedacht hatte, seinen ganzen Inhalt zu erschöpfen und dem Verkehr Fesseln anzulegen, wie es mitunter Gesetzbücher der Neuzeit versucht haben, desto größer blieb die Bedeutung des Gesetzes. Das Recht stand unter seiner Herrschaft und ging doch über seinen Buchstaben hinaus, wie es dem fortschreitenden Leben angemessen war.

Gerade darin lag der Vorzug der römischen Rechtsgeschichte, daß man, nachdem auf einen Wurf das Jus civile im Zwölftafelgesetz eine sichere Grundlage gefunden hatte, nun die Fortbildung wieder der Gewohnheit überließ, nicht aber durch neue Gesetze die früheren aufhob und so an die Stelle stetiger Entwicklung ein Spiel des Zufalls setzte. Mit dem Leben erweiterte sich wie von selbst auch der Inhalt des Gesetzes. Denn die Juristen, die aus der Rechtskunde einen Beruf machten, vermittelten fortwährend zwischen dem Buchstaben und dem Bedürfniß, in ähnlicher Weise wie einst unsere Schöffen die Aufgabe hatten, nicht blos die thatsächlichen Verhältnisse unter das Recht zu subsumiren, sondern dieses auch umgekehrt ihnen anzupassen. Indessen blieben die römischen Juristen bei ihrer Auslegung durch den Wortlaut des Gesetzes gebunden, sie lernten daher früh ihre ganze Kunst aufbieten, um das Recht in Uebereinstimmung mit dem Gesetz zu erhalten. So haben die zwölf Tafeln, weit entfernt der Rechtsbildung eine Schranke zu sein, umgekehrt die Technik derselben erst groß gezogen: daher die Sicherheit und Fertigkeit der Römer in der formellen Behandlung des Rechts, ihre Kunst im Recht selbst Mittel zu finden, um das Neue an das Alte anzuknüpfen, die Meisterschaft es aus sich selber von Innen heraus ohne äußere Hülfe zu entwickeln. Gewiß, erst die zwölf Tafeln haben das Volk zur Erfüllung seines weltgeschichtlichen Berufs fähig gemacht und darum ist die Interpretation der alten Juristen in ihrer Art nicht minder vortrefflich wie die vollendete Kunst der spätern Wissenschaft. Nur auf diese Weise war es möglich, den altnationalen Geist so lange vor dem Eindringen neuer Gedanken zu schützen, bis er innerlich erstarkt auch diese ohne Gefahr aufnehmen und überwinden konnte. Erst nachdem das alte Recht in seiner ursprünglichen Strenge und Reinheit durchgebildet und daneben selbständig ein neues Recht erzeugt worden war, konnten beide, das Jus civile und das Jus Gentium, zu höherer Einheit verbunden werden.

Dies neue Recht fand sein besonderes Organ in dem prätorischen Edict, das etwa seit dem zweiten punischen Krieg neben dem Jus civile herlief, nun seinerseits wieder nicht durch letzteres

beschränkt. Die ersten Anfänge mögen schon in eine frühere Zeit fallen, wie wir denn wissen, daß schon um die Mitte des dritten Jahrhunderts vor Chr. dem praetor urbanus ein praetor peregrinus an die Seite gestellt wurde; von Bedeutung aber wurde es erst seit der Einführung des Formularprocesses durch die lex Aebutia, und diese kann kaum früher als an das Ende des zweiten punischen Kriegs gesetzt werden. Die Ausbildung des neuen Rechts aber hatte den Formularproceß zur nothwendigen Voraussetzung, weil erst dieser dem Präter bei der Ertheilung von Rechtsmitteln freiere Hand öffnete. Das Zwölftafelgesetz und seine Interpretation genügte nicht mehr, denn zu den innern Fortschritten des römischen Lebens kam der beginnende Weltverkehr hinzu: er erweckte weiter gehende Bedürfnisse und machte noch andere Anforderungen rege wie jene. So mußte ihm auch im Recht eine Thür geöffnet werden. Aber man hütete sich, die Resultate der früheren Zeit den Anforderungen der spätern zum Opfer zu bringen und dadurch das ganze Recht wieder unsicher und schwankend zu machen. Das Alte bewahren und das Neue nicht ausschließen, das war der Wahlspruch, der den römischen Staat und das römische Recht groß gemacht hat. Statt also das Jus civile mit dem privatrechtlichen Dominium des Bürgers preiszugeben, hielt man vielmehr zäh daran fest und wies dem neuen Recht vorerst sein besonderes Organ an. Das waren die Edicte der Magistrate, vor Allem des praetor urbanus, weil sein Edict zugleich für Römer bindend war und dadurch auch eine Rückwirkung auf das Jus civile übte.

Es ist schon oft bemerkt worden wie der politische Tact der Römer sich in dem Umfang der Gewalt zu erkennen giebt, welche sie ihren Magistraten einräumten. Je freier ein Volk, desto stärker muß die Regierung sein, denn nur wo der Freiheit die Zucht zur Seite geht, kann sie behauptet und vor der Leidenschaft der Parteien gesichert werden. Darum war es mit der Freiheit zu Ende als die Zucht verfiel. So lange aber die alte Sitte herrschte, war kein Mißbrauch der Gewalt zu fürchten, denn derselbe Geist, der die Freiheit beseelte, lehrte die Magistrate, ihre Aemter im Geist derselben zu verwalten und sich mit dem Volke eins zu füh-

len. So hatte der Prätor, dem die Verwaltung der Rechtspflege anvertraut war, nicht bloß mechanisch sein Geschäft zu verrichten, sondern er hatte zugleich einen Einfluß auf das Recht selbst, und daß man ihm diesen bereitwillig gönnte, war für die Fortbildung des Rechts von unschätzbarem Gewinn. Zwar die eigentliche Entscheidung der Rechtshändel war ihm durch die Trennung des Verfahrens in Jus und Judicium entzogen, ähnlich wie auch bei uns nicht der Richter, sondern die Schöffen das Urtheil fanden, allein er hatte durch die Instruction des Processes und sein Jus decernendi Mittel genug um indirect auf die Entscheidung einzuwirken. Je weniger richterliche Willkür Statt finden konnte, desto unbedenklicher war es, ihm in der Ertheilung von Rechtsmitteln freien Spielraum zu lassen, weil er nur so das Recht mit dem Leben im Einklang erhalten konnte. Ursprünglich hatte er allerdings nichts Anderes zu thun, als das Jus civile in den bestimmten Formen zur Anwendung zu bringen (legis actiones), sobald aber die Lex Aebutia ein davon unabhängiges Verfahren zuließ, durfte er auch Klagen geben, wo das Gesetz keine hatte, oder Einreden gegen civilrechtlich begründete Klagen, welche die Wirksamkeit derselben ausschlossen, und die Rechtsmittel des Prätors wurden dadurch gleichsam selber zu Legisactionen, daß Gesetz und Herkommen sie für statthaft erklärten. Also zuerst eine Erweiterung des Prozesses, an welche sich dann die Theorie anlehnte.

Nun gewannen auch die Ge- und Verbote (interdicta), die der Prätor vermöge seines Jus decernendi erlassen konnte, eine größere Bedeutung, es bildete sich ein eigenes Interdictenverfahren und dieses wurde zu einem wesentlichen Element des alten Ordo Judiciorum privatorum. Damit war der Thätigkeit des Prätors abermals ein weites Feld geöffnet; er wurde in der That das wichtigste Organ für die Erweiterung des Rechts, und man konnte wohl sagen, daß er das Jus civile nicht bloß zu unterstützen, sondern auch zu ergänzen und abzuändern habe. **Jus praetorium est quod praetores introduxerunt adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia, propter utilitatem publicam.** Sehr bedeutungsvoll schließt die Definition mit den Worten:

propter utilitatem publicam. Und darin lag die Schranke seiner Thätigkeit. Er sollte nicht willkürlich verfahren, sondern der Sitte und dem Bedürfniß folgen. Wie weit er gehen wollte, hing allerdings von seinem Ermessen ab, aber frei war er nicht, da ihm die Sitte gemessene Grenzen zog.

Es war vor Allem das Edict selbst, an welches er gebunden war. Schon früh entstand der Gebrauch, daß jeder Prätor bei Antritt seines Amts die Grundsätze bekannt machte, nach denen er die Rechtspflege handhaben wollte, und von diesem einmal aufgestellten Programm, dem Edict, konnte er billiger Weise dann nicht mehr abweichen.[7] Er hatte das Jus edicendi wie die andern Magistrate, denn der Inhaber eines Rechts muß natürlich Vorschriften über die Ausübung desselben geben können, ebenso wie auch die deutschen Landesherren, lange ehe von einer Gesetzgebung die Rede war, Bestimmungen über die Art und Weise der Ausübung ihrer Rechte, insbesondere der Gerichtsbarkeit, treffen konnten, die Sitte aber machte aus dem Recht des Prätors eine Pflicht, sodaß keiner das Ediciren, sobald es einmal üblich geworden, unterlassen durfte. Und was die öffentliche Meinung bewährt gefunden hatte, mußte auch der Nachfolger anerkennen, wenn nicht ein besonderer Grund ihn wieder davon abgehen ließ. So ging das Edict als tralaticium auf jeden folgenden Prätor über, neue Bestimmungen kamen hinzu, wie es das fortschreitende Leben erheischte, und das Ganze wuchs allmählich zu einer sehr umfangreichen Aufzeichnung an, die durch das Herkommen den Charakter einer eigentlichen Rechtsquelle erhielt.

Streng genommen war sie das nicht, denn der Satz „praetor ius dicere potest, ius facere non potest“ unterschied das Edict wesentlich vom Gesetz, da es stets durch den Umfang und die Zeitdauer des prätorischen Amts bedingt blieb. Allein gerade darin lag sein Vorzug, daß es die Sicherheit und Bestimmtheit des Gesetzes gewährte und die Rechtsbildung zugleich in lebendigem Fluß erhielt, ja daß es der leisesten Regung des Verkehrs folgen und in der Anwendung selbst auf individuelle Fälle eingehen konnte, ohne daß man bei jedem Anlaß zu Gesetzen seine Zuflucht zu

nehmen brauchte. „Nicht ein Nachtheil war es, daß solche Modificationen des Jus civile nicht sofort durch eine neue Gesetzgebung ins Werk gesetzt wurden, es lag ein unberechenbarer Vorzug darin, daß sie durch eine Rechtsquelle, welche alle Vortheile einer Gesetzgebung darbot, ohne Umgestaltung des Rechtszustandes, und bei ihrer Abhängigkeit von der Amtsgewalt des edicirenden Magistrats, gleichsam versuchsweise geschahen, während sie, wenn sie sich erprobten, durch ihre Vererbung von einem Edict auf das andere, durch die Billigung vieler auf einander folgender Magistrate, in dem Bewußtsein des Volks ein ähnliches Ansehen wie gesetzliche Bestimmungen erhielten, so daß den bei Abfassung seines Edicts sich willkürlich darüber hinwegsetzenden Magistrat kein geringerer Vorwurf traf, als wenn er ein geschriebenes Gesetz hintangestellt hätte.“[8] In der That, die elastische Form, die der Staat fand, um den rasch anschwellenden Verkehr sogleich im Recht auszuprägen, giebt einen neuen Beweis für die Prädestination des Volks zur Rechtscultur. Wie dasselbe mit der Erweiterung seiner Herrschaft aus den Schranken des altnationalen Gesichtskreises heraustrat, streifte auch sein Recht den Charakter dieser Beschränktheit ab, um über die Grenzen Altroms hinaus zur Geltung zu gelangen. Das eben geschah durch das Edict, dessen Recht dem Anspruch universeller Allgemeinheit vollkommen Genüge leistete. Es war das Recht, das überall auf die naturalis ratio oder die Natur der Sache sah, das nicht wie die civilis ratio den geschriebenen Buchstaben, sondern das Wesen und den praktischen Zweck der Institute berücksichtigte; das Recht der Billigkeit, das die formelle Strenge des strictum ius fallen ließ und doch nicht minder fest und bestimmt war, ein materielles Recht, wie es der Weltverkehr bedurfte. Wie schon gesagt eine Neuschöpfung, die den Act der ersten Rechtserzeugung noch einmal wiederholte, in einem neuen Geist, unter großartigern Verhältnissen und doch mit entschieden römischem Gepräge. Allerdings mögen hie und da Rechtsgebräuche der Peregrinen eingewirkt haben, allein gewiß mehr negativ als positiv, denn von einem durchgebildeten Privatrecht konnte überhaupt bei

ihnen keine Rede sein, weil erst das römische Volk ein solches geschaffen hatte.

Daß es nationales Recht war, welches in der Gestalt des ius gentium oder honorarium entwickelt wurde, sehen wir zum Beispiel deutlich am Besitz. Dieser war in seiner Scheidung vom Eigenthum, als selbständige factische Herrschaft, gewiß ein ureignes Institut des römischen Volks: denn bei welchem andern Volk des Alterthums könnte von einer solchen Scheidung zwischen Rechts- und Besitzschutz geredet werden? Der Besitz also war an sich so gut etwas civiles als das Eigenthum. Gleichwohl begegnen uns gerade die Fälle, in denen der Besitz auch dem Eigenthum gegenüber geschützt wird, unter dem Namen der naturalis possessio: der abgeleitete Besitz des Pfandgläubigers, Precaristen und Sequesters. Das Wort naturalis steht zunächst im Gegensatz zu civilis; das Jus civile kannte noch keinen andern als den Eigenthumsbesitz. Der Prätor aber führte, wie es das Bedürfniß mitbrachte, durch die interdicta retinendae und recuperandae possessionis auch einen weiteren Besitzschutz ein, und dieser stellte sich als unabhängig vom Eigenthum dar. Aehnlich bezeichnet der Ausdruck naturalis obligatio Verpflichtungen, die der Prätor im Namen des römischen Volks anerkannte und mit einer Art Schutz versah, während das alte Recht dafür kein Rechtsmittel hatte. Dabei dürfen wir die andere Bedeutung von naturalis, die das Natürliche im Gegensatz zu allem Recht, auch zum ius gentium und honorarium, bezeichnet, nicht mit der unsrigen verwechseln. Hiernach ist naturalis possessio nicht bloß der durch Interdicte geschützte Besitz, sondern auch die rein thatsächliche natürliche Herrschaft, der es an jedem Rechtsschutz fehlt, naturalis obligatio nicht bloß eine im Verkehr gäng und gäbe Verpflichtung, für die es an der actio fehlt, sondern jede sittliche Verpflichtung überhaupt. Da der Besitz an sich etwas Factisches, die Verpflichtung aber, auch wo sie als nicht rechtlich erscheint, doch immer etwas Ethisches bleibt, so war es natürlich, daß man die naturalis obligatio in diesem Sinn der andern gleichstellte und den mittelbaren Rechtsschutz auf sie erstreckte, während die naturalis possessio im Sinn

der bloßen detentio, des rein körperlichen Innehabens, natürlich mit keinem Schutz bekleidet werden konnte. Die detentio ist das absolut Factische, das als solches keinen Schutz verdient, die naturalis obligatio immerhin eine sittliche Verpflichtung, die nicht vom Recht ignorirt werden kann.

So war die Ausbildung des neuen Rechts nicht minder eine freie That des römischen Geistes wie die Schöpfung des altquiritischen: das erste Mal hatte die Individualität des Volks in ihrer ganzen Ursprünglichkeit gewirkt, hier zeigte sie sich ihrer nationalen Beschränktheit entkleidet. Die productive Kraft aber erscheint im einen wie im andern Fall gleich groß. Es ist beinah, als ob man von vorn wieder angefangen hätte. Denn wie die Fortbildung des Jus civile in der Interpretation der Juristen ihren eignen Weg ging, so schlug auch das Jus Gentium seine eigne Bahn ein, jedes entwickelte sich selbständig und unabhängig vom andern, ohne daß eine vorzeitige Verbindung eingetreten wäre, beide hatten ihr besonderes Gebiet der Anwendung wie ihre besonderen Organe. Gerade von dieser Seite hat der Parallelismus im Recht, der alle wichtigern Institute desselben verdoppelt, seine hohe Bedeutung. Er zeigt die Selbständigkeit beider Rechte, wie sie Jahrhunderte unvermittelt neben einander bestanden; wie die Rechtsbildung in der That zweimal Statt gefunden hat und ihre Triebkraft sich erst in einer wiederholten Production erschöpfen kann. Ihre wunderbare Energie tritt dadurch nur um so deutlicher hervor, daß die Institute an sich die gleichen waren und allein ihre äußere Form in zwiefacher Gestalt erscheint.

Im weitern Verlauf der Entwicklung mußte freilich das alte Recht durch das neue verdrängt werden. Die römische Rechtsgeschichte läßt sich deshalb in die drei Worte zusammenfassen: Epoche des Jus civile, Jus civile und Jus Gentium neben einander, Alleinherrschaft des letzteren. Nicht als ob ein Kampf zwischen beiden geführt worden wäre, es war nur eine innere Entwicklung; das Jus civile starb ab, in demselben Maß, in welchem der altrömische Geist und das altrömische Leben von freieren Gesichtspunkten und neuen Verhältnissen ergriffen wurde.

Es ist wenn man will gar nicht einmal ein Sieg des neuen Rechts über das alte zu nennen, sondern das letztere verlor einfach den Boden seiner Anwendung. Die Principien desselben bestanden fort, aber für einen immer enger werdenden Kreis, während der Umfang des neuen Rechts täglich zunahm und bald das gesammte Leben beherrschte. Eine ähnliche Entwicklung, wie sie zuweilen auch auf politischem Gebiet begegnet, daß das Leben einen andern Inhalt annimmt, die ältern Formen dagegen noch eine Zeit lang fortdauern. So geschah es zum Beispiel in den deutschen Städten, daß die Gerichtsverfassung, die ursprünglich auf dem Grundeigenthum ruhte, ganz in der Stille von der Rathsverfassung verdrängt wurde, sobald die Städte Sitze des Handels und der Gewerbe geworden waren. Nicht anders war es, daß das Jus civile den den jüngern Formen des Jus Gentium weichen mußte, nur daß die Entwicklung die verschiedensten Seiten des Lebens zugleich berührte. Das aber was im alten Recht groß gewesen war, die schöpferische Kraft und Energie, der lebendige Zusammenhang mit dem römischen Verkehr, ging befreit und geläutert von nationaler Einseitigkeit in das neue über.

Man hat den Bildungsprozeß des letztern mit der Reception des römischen Rechts bei uns verglichen und mit gutem Grund hervorgehoben, daß jenes für die Römer eine ganz ähnliche Bedeutung gehabt habe wie diese für uns. Allerdings ist die Aehnlichkeit der Entwicklung unverkennbar, denn ebenso wie das altrömische Recht einem freien Jus Gentium das Feld räumen mußte, wurde bei uns das deutsche durch das universell römische verdrängt. Indeß auch der Unterschied der Entwicklung springt in die Augen. In Rom war es das Volk selbst, von welchem die Bildung des neuen Rechts ausging, der Uebergang erfolgte allmählich und ohne Bruch mit dem Leben, bei uns wurde ein fremdes Recht von Außen eingeführt, plötzlich und gewaltsam, es griff störend in unsere Verhältnisse ein und konnte bis auf den heutigen Tag nicht vollständig mit ihnen ausgeglichen werden. Während in Rom kaum eine andere Entwicklung möglich war, kann für uns selbst bei der größten Vorliebe und Bewunderung für das römische Recht doch

nicht die absolute Nothwendigkeit einer Reception desselben behauptet werden. Es bleibt darum eine ungelöste Aufgabe der Wissenschaft, die Gegensätze des fremden und einheimischen Rechts zu überwinden, wie es die römische Jurisprudenz mit dem Jus civile und Gentium gethan hat, freilich eine unendlich leichtere Aufgabe als die, welche unserm Volk zugefallen ist. Wenn wir jedoch in diesem Sinn das römische Recht auffassen, als bleibendes Object einer wissenschaftlichen Thätigkeit, so ist nichts gegen den Vergleich zu erinnern, vielmehr nur zu wünschen und zu hoffen, daß bei ernstem Streben auch uns die Ausgleichung beider Rechte und ihre volle Versöhnung mit dem Leben gelingen wird.

Mit dem Verfall und der Entartung des Volks, die seit dem Untergang der Republik immer deutlicher hervortraten, sollte man glauben sei auch die rechtsbildende Kraft entartet und erloschen. Allein hier begegnen wir jener merkwürdigen Erscheinung, daß sie sich umgekehrt steigerte, indem alle edleren Kräfte, die noch in der Nation ruhten, sich auf die Rechtswissenschaft warfen. Die Jurisprudenz war uralt, sie hatte mit den zwölf Tafeln begonnen und stets eine hervorragende Stellung eingenommen; an der Achtung, welche die Rechtskundigen zu Rom genossen, erkennen wir, wie hoch das Volk sein Recht hielt. Ganz anders als in Griechenland, wo die Führung der Rechtshändel den Sophisten und ihrer elenden Dialektik überlassen blieb. In Rom dagegen waren es Männer aus den vornehmsten Familien, ihr Beruf wurde als Ehrensache unentgeltlich getrieben und galt als Vorbereitung zu den höchsten Staatsämtern. Und die Juristen hatten es nicht bloß mit der Führung von Prozessen zu thun, sondern ihre Thätigkeit erstreckte sich auf Alles, was mit dem Recht irgendwie zusammenhing: sie standen den Magistraten, vor Allem dem Prätor, als Beirath zur Seite, ertheilten den Richtern wie den Parteien Gutachten (responsa), schlossen Rechtsgeschäfte ab und bildeten wieder jüngere Männer heran. Diese eigenthümliche Stellung, daß sie weder Richter, noch Advocaten und Notare, noch bloße Rechtslehrer, sondern wenn man will Alles zugleich waren, ohne ein bestimmtes Amt zu bekleiden, machte es möglich, daß nicht allein die Kenntniß

und Anwendung des Rechts Hand in Hand bei ihnen ging, sondern daß ihre Aussprüche zugleich als Weisthümer bindende Kraft erlangten. Sie galten als die lebendigen Träger des Rechts, und kein Richter oder Magistrat hätte es wagen dürfen, ihre Gutachten unberücksichtigt zu lassen; nach der Sitte des Volks hatte ihre Auctoritas ebenso wie das prätorische Edict das Ansehen einer Rechtsquelle (legis vicem). Darauf allein ruhte die Möglichkeit einer Fortbildung des Zwölftafelgesetzes, zu einer Zeit, wo von einem Jus Gentium noch keine Rede war. Auch daß Theorie und Praxis zusammenfielen und bis an's Ende nicht getrennt wurden, war für die Durchbildung des Rechts von größtem Vortheil: ein besonderes Amt der Juristen würde sie entweder der Wissenschaft oder dem Leben entfremdet haben. Die Jurisprudenz blieb eine freie Kunst, die ihren Grund und Halt in sich selber trug, und eine solche war schon die alte Interpretation der zwölf Tafeln.

Doch war es von dieser bis zur Ausbildung einer eigentlichen Wissenschaft noch ein weiter Schritt. Denn die Hauptsache der alten Juristen war doch die praktische Seite ihrer Thätigkeit; es machte noch Niemand zum Jurisconsultus, daß er etwa einen Commentar zu den zwölf Tafeln schrieb. Nur in der disputatio fori, welche die Juristen über ihre abweichenden Responsa vor Gericht hielten, lag allenfalls der Anfang einer wissenschaftlichen Behandlung des Rechts. Denn mit den Controversen stellte sich das Bedürfniß heraus, das Recht auf seine Principien zurückzuführen, und von hier aus konnte eine eigentliche Theorie desselben erzeugt werden. Der wissenschaftliche Geist aber erwachte erst in den Bürgerkriegen, gleichzeitig als die römische Litteratur auch auf andern Gebieten ihre ersten Blüthen trieb. Es war natürlich, daß er sich nach dem Untergang der Republik mit Vorliebe der Bearbeitung des Rechts zuwandte; hier fand man, als Redekunst und Geschichtschreibung ihre frühere Bedeutung verloren, das alte Rom und seine Freiheit wieder. Nun war es nicht mehr das Jus civile, was die Juristen bearbeiteten, sondern vorzugsweise das Jus Gentium, dem sie ihre Kraft widmeten. Nicht so freilich, daß sie

das alte Recht ignorirt hätten, denn der Gegensatz blieb ein praktischer, so lange zwischen Bürgern und Fremden unterschieden wurde, und diesen äußern Gegensatz konnten sie nicht überwinden. Aber das alte Recht war keiner weitern Entwicklung mehr fähig, es hatte sich ausgelebt, und deshalb wandten sie sich seit Cicero's Zeit vor Allem dem Edict zu, wie denn die ganze Richtung des Volks seitdem mehr und mehr auf die Abschleifung des Nationalen ging. Indem sie beide Rechte auf ihre innern Gründe zurückzuführen suchten, mußte durch die Aufnahme freierer Gesichtspunkte auch das Jus civile von dem neuen Geist berührt werden; so wurde die Ausgleichung beider wenigstens angebahnt, wenn auch der Gegensatz selbst bis auf die christliche Kaiserzeit fortdauerte. Das Jus Gentium aber war ihnen nicht mehr ein bloßes Peregrinenrecht, wie es historisch erwachsen und durch die Bedürfnisse hervorgerufen war, es bildete sich unter ihren Händen zu einer Art von Naturrecht um: quod naturalis ratio inter omnes homines constituit; es wurde ebenfalls principiell begründet und so in der That zu einem allgemeinen Verkehrsrecht umgestaltet. Indem sie überall den Grund aufsuchten, dem das Recht seine Entstehung verdankte, gingen sie über seinen positiven Inhalt hinaus und kamen von selbst auf den praktischen Zweck und das Wesen desselben, ein Ergebniß, wozu die deutsche Rechtswissenschaft erst nach langen Umwegen gelangen konnte. Es ist eine feine Bemerkung Puchta's, daß den römischen Juristen das Recht viel näher gestanden habe als uns; wir dürfen hinzufügen, nicht bloß das Recht, sondern auch das Leben. Während der ganzen römischen Geschichte hatte sich nie der leiseste Zwiespalt zwischen beiden ergeben, ihre Einheit verstand sich so sehr von selbst, daß es keinem Juristen einfiel, davon zu sprechen, und darum war es natürlich, daß sie den Zusammenhang beider, der uns durch die Reception des fremden Rechts völlig abhanden kam, nie aus den Augen verloren. So abstract das Recht mitunter scheint, was sie aus der ratio iuris ableiten, wir fühlen es doch bei jedem Rechtssatz heraus, daß sie von der lebendigen Anschauung des Lebens ausgingen. Was wir durch wissenschaftliche Erkenntniß erst wieder gewinnen mußten,

lebte ihnen noch unmittelbar im Gefühl und wurde stillschweigend vorausgesetzt, denn die ratio iuris war eben nichts Anderes als die ratio des Lebens.

Zu dieser Einheit kam noch eine andere, die der römischen Entwicklung überhaupt eigenthümlich ist. Wie Jahrhunderte lang das Reich in der Stadt aufging, wie von hier aus das Recht gleich dem Staat immer weitere Kreise zog, so fand zuletzt auch die Wissenschaft in Rom ihren Mittelpunkt, und der Charakter der Einheit, der die ganze Entwicklung des Rechts begleitet hatte, verläugnete sich auch am Ende nicht. Denn die eigentliche Blüthe der Wissenschaft knüpft sich an eine kleine Zahl von Juristen, die alle in Rom ihren Sitz hatten, Papinian, Paulus, Ulpian und Modestin. Die Art und Weise der Behandlung des Rechts war also stets die gleiche, und so mannigfach die Controversen sein mögen, sie berühren in der Regel doch immer nur unwesentliche Nebendinge. Der ganze Rechtsstoff, den das römische Volk als das Erzeugniß seines ureigensten Geistes der Wissenschaft überliefert hatte, wurde auf diese Weise noch einmal von einem höhern Standpunkt aus geistig durchdrungen, gemeinschaftlich verarbeitet und in einer Menge von Schriften niedergelegt, die für die spätere Compilation Justinian's das willkommenste Material abgaben. Wohl steht die römische Litteratur tief unter der griechischen, die Schriften der klassischen Juristen aber halten kühn jeden Vergleich aus mit dem Besten, was Griechenland hervorgebracht hat. Ihre Technik und Methode ist es, ihre bewundernswerthe formelle Behandlung, worin der absolute Werth und die Vollendung des römischen Rechts liegt. Und das was wieder den Hauptvorzug ihrer Methode ausmacht, wenn es auch vom rein wissenschaftlichen Standpunkt aus als Beschränkung derselben erscheint, ist die innige Verbindung von Theorie und Praxis, des Rechts und seiner Anwendung. Auch die vollendetste Kunst ist ihnen nie Selbzweck, sondern immer nur Mittel zum Zweck: das letzte Ziel bleibt immer das practische Bedürfniß. Sie wissen gar nichts davon, daß es eine reine Theorie geben könne; man sollte fast glauben, daß ihnen der Werth ihrer eignen verborgen geblieben wäre, so sehr erscheint

dieselbe als bloße Dienerin des Lebens. Das zuerst erkannt und ausgesprochen zu haben, ist das Verdienst von Savigny. „Gerade von dieser Seite erscheint die Methode der römischen Juristen am vortrefflichsten. Haben sie einen Rechtsfall zu beurtheilen, so gehen sie von der lebendigsten Anschauung desselben aus, und wir sehen vor unsern Augen das ganze Verhältniß Schritt vor Schritt entstehen und sich verändern. Es ist nun, als ob dieser Fall der Anfangspunkt der ganzen Wissenschaft wäre, welche von hier aus erfunden werden sollte. So ist ihnen Theorie und Praxis eigentlich gar nicht verschieden, ihre Theorie ist bis zur unmittelbarsten Anwendung durchgebildet und ihre Praxis wird stets durch wissenschaftliche Behandlung geadelt. In jedem Grundsatz sehen sie zugleich einen Fall der Anwendung, in jedem Rechtsfall zugleich die Regel, wodurch er bestimmt wird, und in der Leichtigkeit, womit sie vom Allgemeinen zum Besondern und vom Besondern zum Allgemeinen übergehen, ist ihre Meisterschaft unverkennbar. Und in dieser Methode, das Recht zu finden und zu weisen, haben sie ihren eigenthümlichsten Werth, darin den germanischen Schöffen unähnlich, daß ihre Kunst zugleich zu wissenschaftlicher Erkenntniß und Mittheilung ausgebildet ist, doch ohne die Anschaulichkeit und Lebendigkeit einzubüßen, welche frühern Zeitaltern eigen zu sein pflegt."[9]

Rein theoretische Fragen, bloße Begriffsbestimmungen oder systematische Erörterungen liegen ihnen fern, ja sie scheuen sich selbst nicht vor Widersprüchen und Inconsequenzen, wenn sie damit zum Ziel kommen. Unsere heutige sogenannte juristische Construction, wie sie oft ohne alle Rücksicht auf die thatsächlichen Verhältnisse geübt wird, ist ihnen völlig unbekannt; so consequent und logisch das römische Recht scheint, es war dies doch nicht in der Weise, als es unser heutiges mitunter ist. Die römischen Juristen untersuchten nicht, ob der Besitz ein Factum oder ein Recht, der Nießbrauch und die Verpfändung ein rein dingliches oder zugleich ein persönliches Verhältniß sei, ob einer Correalschuld eine einzige Obligatio oder mehrere zu Grund liegen, und doch haben sie überall das Richtige getroffen, je nach der Beziehung um die

es sich handelt bald so bald anders entschieden, immer aber das, worauf es ankommt, mit sicherm Tact herausgefunden. Sie sahen wohl ein, daß der Besitz sich weder als bloßes Factum noch als bloßes Recht behandeln lasse, und darum sagen sie das eine Mal er sei eine causa facti, das andere Mal: plurimum ex iure mutuatur; sie halten an der dinglichen Natur des Nießbrauchs fest und lassen doch einen Nießbrauch an bloßen Forderungen zu; sie stellen das Pfandrecht in die Reihe der dinglichen Rechte und nehmen, ganz abgesehen von dem selbständigen Pfandcontract beim Faustpfand, auch eine Hypothek an Forderungen und Rechten an; sie erklären eine Forderung, die Mehreren oder gegen Mehrere auf dieselbe Sache zusteht, sobald es auf das Object der Leistung ankommt, für una eademque obligatio und statuiren, wo die Mehrheit der Subjecte oder ein Unterschied ihrer Verpflichtung in Frage steht, auch wieder eine Mehrheit von Forderungen. Sie lassen das Pfandrecht durch Untergang der Forderung, für welche es bestimmt ist, mit untergehen und unterscheiden doch, ob in dem Untergang eine wirkliche Tilgung liegt oder nicht; in letzterem Fall bleibt unbeschadet der aufgestellten Regel das Pfandrecht „utilitatis causa“ bestehen. Sie lösen das Miteigenthum in eine Anzahl von einander unabhängiger Theilrechte auf und statuiren daneben, wiederum „utilitatis causa“, die Möglichkeit einer Servitutbestellung durch die Condomini für die gemeinschaftliche Sache. Unzählbar sind die Fälle, in denen ein Rechtssatz einfach auf die Utilitas gegründet wird. Es ist beinah, als ob das ganze römische Recht in diesem Utilismus aufgegangen sei, so unzählige Male kehrt das einfache „utilitatis causa receptum est“ wieder. Nirgends geben sie abstracte Regeln, die bei der Anwendung sich hinterher als falsch oder unbrauchbar erweisen; die meisten der sprichwörtlich gewordenen allgemeinen Regeln des römischen Rechts beruhen erst auf einer Abstraction der mittelalterlichen oder neueren Jurisprudenz, wie nicht selten gleich das unklassische Latein verräth.

Sie geben daher ihre Begriffe und Definitionen meist nur für einen gewissen Zusammenhang, ohne Anspruch auf allgemeine

Gültigkeit, halten sich aber um so strenger an die Postulate der Praxis, indem sie hiernach unbeirrt um etwaige Inconsequenzen das Recht entwickeln. Wo der Begriff nicht mehr passen will und doch die Erweiterung desselben noth thut, bleiben sie nicht, wie heut zu Tage so oft geschieht, vor einer „juristischen Unmöglichkeit“ stehen, sondern helfen sich durch ein vorgesetztes quasi: das heißt sie lassen den ursprünglichen Begriff gelten, dehnen ihn aber aus, soweit das Bedürfniß es fordert. So z. B. die quasi possesio, der quasi usus fructus, quasi contractus, die quasi institoria, das quasi delictum, peculium quasi castrense und andere mehr. Dabei schließen sie sich, wo es möglich ist, an das bestehende Recht als sichere Grundlage an und leiten aus seinem Buchstaben das erforderliche Neue oder die Modificationen der Billigkeit (aequitas) ab. Oft suchen sie eine der theoretischen Consequenz widersprechende Forderung der Billigkeit gerade durch strenge Folgerung aus dem Wortlaut einer Vorschrift, wie z. B. aus der Fassung der Formeln, zu erhalten, ein strictissimum ius wie man es genannt hat, im Gegensatz zum ungerechten ius strictum.[10] Kurz ihre Kunst ist unerschöpflich, nie wird sie zum bloßen Spiel, immer behalten sie die Anwendbarkeit des Rechts und seinen Zusammenhang mit den thatsächlichen Verhältnissen vor Augen.

Gerade die deutsche Rechtswissenschaft, die sich erst an dem fremden Recht entwickelt hat und darum aus ihrer natürlichen Verbindung mit dem Leben herausgerissen ist, hat hieran fortwährend zu lernen. Was sich bei den Römern von selbst verstand, das verstand sich bei uns lange Zeit gar nicht: die Hauptsache weshalb denn eigentlich die Technik aufgewandt werde. Die Einheit der Theorie und Praxis, wie sie die Römer hatten, ist uns zwar unwiederbringlich verloren, allein es wäre schlimm, wenn die äußere Trennung nothwendig auch eine innere zur Folge haben müßte. Nur der Weg, auf welchem wir zu dieser Einheit gelangen, ist verschieden von dem der Römer, es ist aber kaum zu sagen, welches der bessere sei. Denn in der unmittelbaren Verbindung unserer Praxis mit dem Leben, der Theorie mit den übrigen Wissenschaften sind uns Vortheile möglich, welche den Römern

abgingen; auch auf geistigem Gebiet macht sich das Gesetz fortschreitender Arbeitstheilung und Arbeitsvereinigung geltend. Halten wir fest, daß das Recht erst durch die Erkenntniß des Lebens und der Wissenschaft vom Leben, mag man sie nun Culturgeschichte, Socialpolitik oder Nationalökonomie nennen, fortgebildet werden kann, so können wir mit den reichern Mitteln, die wir haben, auch die schwerere Aufgabe lösen, die uns zugefallen ist. Wir werden dann das Bleibende und Unvergängliche der römischen Jurisprudenz festhalten und daran getrost ein Muster und Vorbild nehmen, ohne die begriffliche Construction für mehr als äußere Form zu halten. Allerdings erscheint auch diese rein technische Seite, die durchsichtige Klarheit, womit die römischen Juristen die Rechtsfälle behandeln und die Begriffe von einander ableiten, zur höchsten Vollendung entwickelt und man kann wirklich mit Savigny „ohne Uebertreibung sagen, daß sie mit ihren Begriffen rechnen". Aber nie haben sie dasselbe für das Wesen und Ziel ihrer Wissenschaft angesehen. Das Recht besteht eben nirgends aus bloßen Begriffen und Formeln, mit denen man wie in der Arithmetik operiren könnte; es ist bis in seine letzten Aeste und Zweige etwas Lebendiges, jedes Glied hängt mit dem Ganzen zusammen, empfängt von ihm seinen Inhalt und seine Bestimmung und hilft umgekehrt auch das Ganze wieder tragen. Das Rechnen hat nur einen Sinn, wenn es zugleich den Bedürfnissen und Zwecken des Verkehrs nachgeht und ein ihnen entsprechendes Resultat liefern will: als zweite Seite der Gleichung muß das Leben selbst hinzukommen, und so haben allerdings die römischen Juristen gerechnet. Sonst würde das Rechnen zum leeren Spiel, und davon hat die moderne Wissenschaft leider gar manche Probe abgelegt. Was Savigny gelegentlich einmal als Bild gebraucht, um ein treffendes Schlagwort für die Meisterschaft der römischen Methode zu geben, das haben Andere zum leitenden Princip gemacht und darin die höchste und letzte Aufgabe unserer Wissenschaft gefunden. So haben wir denn die römischen Begriffe vielfach noch übertrieben und praktische Folgerungen aus ihnen gezogen, die den Römern fremd sind, weil sie die Begriffe nicht zum ausschließlichen Kern- und Mittelpunkt der

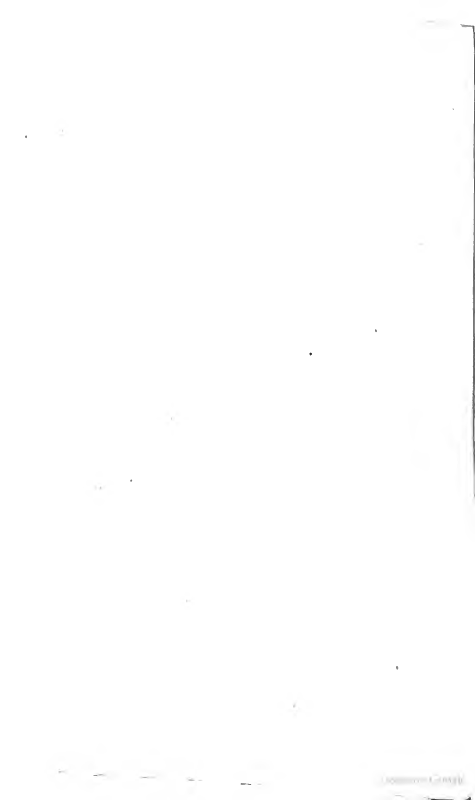
Theorie machen. Es ist keinem Römer eingefallen, das Eigenthum als „die den Körper der Sache erfüllende rechtliche Macht der Person", oder das Erbrecht als „ein Recht an der in den Erben übergegangenen Person des Erblassers" zu erklären; und doch wie fein haben sie überall wo es noth that das Recht auch begrifflich entwickelt, die Lehre vom Fruchterwerb, von der Accession und Specification, die Delation, Acquisition und Transmission einer Erbschaft, die falcidische Quart, das Prälegat und hundert andere Dinge mehr. Nicht die Mittel allein, auch den Zweck, den sie verfolgen, wollen wir uns zum Vorbild nehmen. Denn nicht in der Technik an sich, sondern in ihrer Unterordnung unter den Gedanken, nicht in der äußern Form, sondern in ihrer vollkommenen Uebereinstimmung mit dem Inhalt, liegt die Vollendung der römischen Methode: daß es die richtigen Mittel und die richtigen Zwecke sind; daß mit den gegebenen Mitteln überall das Mögliche und Nothwendige erreicht wird; nie dagegen die Form zur Hauptsache und das Recht selbst zur Nebensache gemacht wird. In dieser vollkommenen Harmonie von Form und Inhalt, wo der Ausdruck in Wahrheit zum lebendigen Leib des Gedankens wird, liegt das ächt Künstlerische der klassischen Juristen, und darum wirken sie auf uns mit demselben Zauber, welchen jedes wahre Kunstwerk ausübt. Freilich ist es die kalte und strenge Schönheit der Antike, der wir im römischen Recht nicht minder wie in der griechischen Kunst begegnen, aber ihren eigenthümlichen Werth wird sie behaupten, so lange es eine Rechtswissenschaft giebt, auch wenn von der praktischen Anwendbarkeit des römischen Rechts längst keine Rede mehr ist.

Wir glauben hiermit unsere kurze Uebersicht der römischen Rechtsgeschichte schließen zu können. Rufen wir uns die Hauptpunkte, die wir hervorgehoben haben, noch einmal ins Gedächtniß zurück, so müssen wir gestehen, daß jeder für sich, wie ihr günstiges Zusammentreffen eine einzig in ihrer Art dastehende Entwicklung möglich machte, wie sie in dieser Weise bei keinem andern Volk sich wiederholen wird. Ein gerade für die Rechtscultur angelegtes und begabtes Volk, frühzeitig entwickelte Verkehrsverhältnisse, eine

Gesetzgebung zu Anfang der Geschichte als feste Grundlage des Rechts, ein vortreffliches Organ für die weitere Ausbildung desselben, und am Ende noch einmal seine geistige Verarbeitung durch die klassische Jurisprudenz — das Alles rief eine Rechtsgeschichte hervor, welche in wahrhaft idealer Art die ihr zugefallenen Aufgaben löste und ein für die römischen Verhältnisse in der That vollkommenes Recht begründete. Eine andere Frage dagegen ist, ob diese Verhältnisse selbst so beschaffen waren, daß das für sie bestimmte Recht unbedenklich auch für andere zur Anwendung kommen kann. Es wird nun unsere Aufgabe sein, das Recht von dieser Seite näher zu prüfen. Wir gehen damit zum Hauptgegenstand unserer Darstellung über.

Zweites Buch.

Das Vermögensrecht.



Erstes Capitel.

Grundzüge des römischen Rechts.

Nicht mit ganz leichtem Herzen entschließen wir uns, nachdem so eben die Vorzüge der römischen Rechtsentwicklung dargelegt worden sind, zu einer Kritik des römischen Rechts selbst. Denn wenn wir dabei nicht in dem Ton der Anerkennung und Bewunderung fortfahren, könnte es scheinen, als ob wir schließlich doch in den Fehler fielen ungerecht zu werden. Man hat sich seit langer Zeit so daran gewöhnt, das römische Recht auch stofflich als Musterrecht für alle Völker anzusehen, und wir sind durch unsere juristische Bildung in seinen Begriffen und Anschauungen so befangen, daß jede Kritik von vornherein gewagt erscheinen und mit Mißtrauen aufgenommen werden muß. Auch möchte die Gegenwart kaum im Stande sein, schon ein ganz freies und erschöpfendes Urtheil zu fällen. Wie viel weniger kann die Kraft eines Einzelnen dazu ausreichen, der aus der Wissenschaft des römischen Rechts nicht einmal seinen Lebensberuf macht. Darum hat sich der Verfasser, dessen Studium vorwiegend dem deutschen Recht zugewandt ist, das Gewagte und Mißliche seines Versuchs nicht verhehlt. Dennoch durfte er nicht davor zurückschrecken, da die Aufgabe, welche er sich von Anfang an gesetzt hat, wesentlich mit darin besteht. So mag sich seine Kritik den Versuchen ähnlicher Art anschließen, die neuerdings mit mehr oder weniger Glück in gleicher Richtung gemacht sind.

Es kommt ohnehin weniger darauf an, wieviel im Einzelnen an der Kritik Wahres oder Falsches ist, wenn nur der Weg und

die Methode richtig sind, die wir einschlagen. Einigen Mißverständnissen, denen unsere Prüfung ausgesetzt ist, mag gleich hier begegnet werden, weil sie sich auf die Art und Weise unserer Beurtheilung beziehen, und diese vor Allem einer Rechtfertigung bedarf.

Ein Widerspruch könnte schon darin zu liegen scheinen, daß wir der Rechtsgeschichte eine unbedingte Anerkennung zu Theil werden ließen, dem Recht selbst aber diese versagen wollen. Hängt das Recht und seine Geschichte auf das Engste zusammen, so mag es allerdings auffallen, wenn wir die letztere bewundern und ihr Ergebniß hinterher tadeln. Der Widerspruch löst sich, sobald wir bedenken, daß nicht bloß das Recht, sondern auch die Rechtsgeschichte nach Völkern verschieden ist. Diese kann also aufs Beste der römischen Cultur entsprochen haben und in ihrer Art mustergültig bleiben, ohne daß es die Cultur selbst zu sein braucht. So natürlich dies scheint, so oft ist es übersehen worden, und gerade von solchen, die sich für Vertreter der historischen Auffassung ausgeben. Man meint, wie sich das Recht bei den Römern entwickelt habe, müsse es sich überall entwickeln; eine daraus abgeleitete Theorie wird für die allgemeine gehalten, und deshalb die Art und Weise der deutschen Rechtsbildung stets an der fremden gemessen. Wenn wir also die römische als eine Art Muster hingestellt haben, so ist damit nur gesagt, daß sie für das römische Volk eine vortreffliche war, nicht daß wir sie hätten nachahmen können, oder daß unsere nothwendig schlecht sein müßte, weil sie anders war als die römische. Alles Nationale kann nur ein der Zeit und den Umständen nach relativ Bestes sein, und das war die Art wie bei den Römern sich das Recht entwickelte, aber die Relativität der geschichtlichen Entwicklung bewährt sich auch an ihm, neben den glänzenden Vorzügen laufen dunkle Schatten her, und schon die Einseitigkeit, mit welcher das Volk sich auf die Cultur des Rechts warf, war ein Unglück.

Auch ist es sehr wohl denkbar, daß ein an sich schlechtes Recht äußerlich auf eine formell musterhafte Weise producirt wird, so daß das Resultat unsittlich oder unwirthschaftlich, und nur seine

Darstellung vortrefflich ist. Zwar hat bei dem unmittelbaren Zusammenhang der Rechtsgeschichte mit dem römischen Leben, wie er sich vor Allem gerade in der prätorischen Rechtserzeugung kund gab, bei dem streng sittlichen Ernst, der die Juristen erfüllte, und dem altrömischen Geist, wovon ihre Wissenschaft beseelt war, kein solches Auseinanderfallen der ethischen und intellectuellen Seite Statt gefunden, allein das was von der Rechtsgeschichte gesagt ist gilt doch nicht ohne Weiteres auch für das Recht.

Endlich aber soll nicht behauptet werden, daß das römische Recht, wenn wir es seinem stofflichen Gehalt nach minder günstig beurtheilen, schlechterdings aufhöre für uns ein Musterrecht zu sein. Die Vorzüge der Rechtsgeschichte treten vielmehr auch im Recht zu Tage; seine jüngste Gestalt schließt die ganze Entwicklung mit ein. Aber auch die Schattenseiten einer Entwicklung stellen sich im vollen Maß erst am Ende derselben heraus; und so können wir von unserm Standpunkt aus das Resultat allerdings tiefer stellen als den Weg, auf dem es gewonnen wurde. Denn es handelt sich für uns weniger darum, den Werth des römischen Rechts für die Römer, wie für eine spätere Zeit zu bestimmen; mögen wir es für das Alterthum noch so hoch stellen, für die Gegenwart wird sich eben deshalb unser Urtheil anders gestalten.

Ein weiteres mögliches Mißverständniß folgt hieraus von selbst, wenn wir die Standpunkte verwechseln, von denen wir bei der Prüfung ausgehen. Wir können einmal das römische Recht für sich betrachten: was es dem römischen Volk war, wie es dessen Bedürfnissen entsprach, ob es ihnen genügte oder nicht. Hier würde in den meisten Fällen ein Tadel übel angebracht sein. Denn sobald wir uns von der Uebereinstimmung des Rechts mit dem Leben überzeugt haben, kann von einem Separaturtheil über das Recht nicht mehr die Rede sein. Es hing auf das Engste mit den Zuständen des Volks zusammen, sein Inhalt ging mit Nothwendigkeit daraus hervor, und seine Fehler und Mängel deuten zugleich auf Mängel der römischen Cultur überhaupt. Wer also das Recht für sich allein tadelt, täuscht sich entweder über dessen Natur, oder er tadelt damit indirect das römische Leben.

Wir können aber das römische Recht noch in anderer Weise betrachten, weil es in Folge seiner Reception zum zweiten Mal praktisch geworden ist: was es unserm Volk ist, wie es dessen Bedürfnissen entspricht, ob und inwiefern es auch als Ausdruck des heutigen Lebens gelten kann. Je inniger es mit dem Leben des römischen Volks zusammenhing, desto bedenklicher muß seine unmittelbare Anwendung für die Gegenwart scheinen. Denn es liegt auf der Hand, daß das, was in der römischen Entwicklung gerechtfertigt war, es darum noch nicht in der heutigen ist. Der natürliche Zusammenhang zwischen Leben und Recht hört auf, wo wir die Bedürfnisse unseres Volks und unserer Zeit als Maßstab an das fremde Recht anzulegen haben. Von diesem Standpunkt aus wird allerdings eine eigentliche Kritik über dasselbe möglich, ja sie gestaltet sich dann, und nun in motivirter Weise, mittelbar zugleich zu einem Urtheil über das römische Leben.

Von dem Augenblick an, wo das römische Recht für die modernen Völker ein neues Leben begann, trat ein Zwiespalt zwischen ihm und der Cultur dieser Völker ein, und so sehr es mehr und mehr ein Element ihrer Cultur wurde, so wenig vermochte es als rechtlicher Ausdruck derselben sie zu erschöpfen. Es lag in der Naivetät früherer Zeit, daß sie ohne Reflexion, ohne Kritik, ja ohne Bewußtsein von der Function des Rechts, es mit dem Leben zu vermitteln suchte, und sie hat diese Aufgabe oft mit bewundernswerthem Takt und Geschick gelöst. Ihre Thätigkeit gleicht der Interpretation der alten römischen Juristen, die das fortschreitende Leben an den Buchstaben der zwölf Tafeln anzuknüpfen hatten. Je tiefer indeß eine spätere Zeit in die Natur des Rechts eindrang, desto mehr mußte jener Zwiespalt zu Tage treten, am stärksten als die historische Richtung unserer Zeit die wesentlich nationale Bedeutung des Rechts aufdeckte. So ward eine Kritik in unserm Sinne förmlich herausgefordert, und es ruht auf einem lebhaften Bedürfniß, wenn die Gegenwart bemüht ist, eine solche zu schaffen. Wie wäre es sonst zu erklären, daß seit dem Buch von Beseler über Volksrecht und Juristenrecht römisches und deutsches Recht so oft mit einander verglichen wurden, daß

Romanisten und Germanisten gleich sehr mit der Zukunft unserer Rechtsentwicklung sich beschäftigt haben? Wer je den Reiz eingehender Specialuntersuchung empfunden hat, wird es gewiß nicht für eine beneidenswerthe Aufgabe halten, den sichern Gewinn einer wenn auch noch so kleinen wissenschaftlichen Ausbeute diesem dunkeln und unbestimmten Drang zu opfern und sich in weit aussehende Arbeiten einzulassen, die im besten Fall von den verschiedensten Seiten bekrittelt werden. Aber es ist immer wieder die ernste Mahnung der Zeit, welche uns zur Prüfung auffordert und von dem Glück bescheidener Einzelforschung in ungewisse Fernen treibt.

In der That, eine Reception des römischen Rechts „in complexu" hat niemals Statt gefunden, und wenn die ältere Wissenschaft Jahrhunderte lang daran festhielt, so war das nur in ihrer Weise denkbar, so lange sie alles Mögliche und Unmögliche im römischen Recht wiederzufinden meinte und die Pandekten als den weiten und bequemen Mantel für das geltende Recht betrachtete. Ein Irrthum machte hier den andern unschädlich. Uns aber, die wir wissen, daß das römische Recht ein für alle Mal seinen festen Inhalt hat, der durch das Leben des römischen Volks erst seine volle Bedeutung empfängt, muß dieser Glaube als eine Täuschung erscheinen. Man mag sich hundertmal auf die gesetzliche Gültigkeit des Corpus Juris berufen, wo es sich um Dinge handelt, die unmöglich sind, hört auch die Wirkung von Gesetzen auf. Sehen wir näher zu, so zeigt sich, daß in der Praxis diese Gültigkeit niemals bestanden hat, ja daß die Gesetze selbst etwas Anderes darunter verstehen als heut zu Tage darunter verstanden werden müßte. Konnte man unsere Leibeigenschaft für die römische Servitus, unsere Ehrlosigkeit für Infamie, die Reallasten für Servituten (in faciendo), die eheliche Gütergemeinschaft für Condominium, die Einkindschaft für Adoption und so fort halten, so durfte man getrost die allgemeine Anwendbarkeit des römischen Rechts behaupten. Unserm Leben und seinen Verhältnissen geschah damit weniger Eintrag als der Theorie des fremden Rechts; so groß die Nachtheile sein mochten, welche aus einer solchen verkehrten Theorie entsprangen, sie waren lange nicht so groß, als die

welche jetzt aus einer praktischen Durchführung des römischen Rechts sich ergeben müßten.

Für uns hat die naive Vermittelung zwischen dem römischen und heutigen Recht aufgehört. Wir müssen untersuchen, was von dem ersten wirklich noch anwendbar und was als unpraktisch davon auszuscheiden ist. Denn eine Täuschung darüber, daß es dem geltenden Recht nicht entspricht, ist jetzt unmöglich. Darum sollten die Juristen, die immer noch die unbedingte Geltung des römischen Rechts behaupten, sich erst klar werden, was sie damit meinen, ob sie dieselbe dem alten ächten römischen Recht oder auch seiner gesammten Fortbildung vindiciren. Das Erste hieße ein Stück fremdes Volksleben ohne Weiteres auf die Gegenwart übertragen wollen, das Zweite können wir zugeben, sobald uns gestattet wird, alles Unbrauchbare auszuscheiden und das Uebrige für die Zukunft weiter fortzubilden. Das größte Unrecht aber ist es, an der Reception „in complexu" festzuhalten, ohne eine Ahnung von ihrem Einfluß auf unser Leben und ihren unberechenbaren Folgen zu haben. Ein Germanist, der heut zu Tage bei den Begriffen des römischen Rechts stehen bleibt, wo das Bedürfniß eine andere und freiere Behandlung fordert, ist gefährlicher als alle Romanisten des sechzehnten Jahrhunderts zusammen. Denn wie sich diese über das römische Recht hinwegsetzten, um es mit dem wirklichen Leben in Einklang zu bringen, soll jetzt umgekehrt das Leben nachstehen, nur um das fremde Recht zu retten. Und insofern ist etwas Wahres an dem schweren Wort, was Schmidt gesprochen, daß unser Volk an dem fremden Recht sich nicht bloß fortbilden, sondern auch zu Grunde gehen könne.[11]

Nein, von seiner unmittelbaren Gültigkeit, weil man eine Zeit lang träumte, es sei für immer „in complexu" recipirt, kann keine Rede mehr sein; es wird erst dann anfangen, fruchtbringend und segensreich für uns zu wirken, wenn seine formelle Gültigkeit aufgehört hat. Wir müssen das Joch seines Buchstabens zerbrechen, die Institute in ihre Elemente auflösen und mit diesen weiter bauen; nur so kann es an unser wirthschaftliches Leben angeschlossen und aus deutschem Geist wiedergeboren werden. Statt also überall

von den römischen Voraussetzungen auszugehen, ist die nächste Aufgabe die, alle Standpunkte zu verfolgen, von denen wir uns über dasselbe erheben können, und dazu möchte der folgende Versuch ein Weiteres beitragen. Nicht das ist die Aufgabe, im ersten Wurf eine vollständige und erschöpfende Kritik zu liefern, sondern zu beweisen, daß eine solche möglich und nöthig ist; wir wollen kein Endurtheil, für das weder unsere Kraft ausreichend, noch die Zeit überhaupt reif sein möchte; wir wollen nur zeigen, wie man darnach streben muß, um unsere Jurisprudenz gleich der römischen zu einer schöpferischen und lebendigen zu machen. Lernen werden wir am fremden Recht immer, am meisten dann, wenn wir von seinen Fesseln uns befreit und die Einsicht erlangt haben, was daran eigentlich zu lernen ist.

Es versteht sich hiernach von selbst, daß wir von vornherein darauf verzichten, das römische Recht auf Principien zurückzuführen, seine unendliche Mannigfaltigkeit, wie sie aus der Fülle des geistigen und wirthschaftlichen Lebens der Römer entsprang, von bestimmten Grundgedanken abzuleiten. Auch das römische Recht ist nicht so arm, daß sein Inhalt wie ein Faden von der Spule abgehaspelt werden könnte. So wenig wie das Leben eines Volks durch einzelne Principien bestimmt werden kann, ebensowenig kann es das Recht; es sind tausend Fäden, die wie Einschlag und Aufzug darin weben und alle mit einander sich berühren. Jeder Versuch, der darauf ausgeht, ein einziges leitendes Princip zu entdecken, ist deshalb verfehlt; nur wenn wir im Stande wären, alle Gedanken, von denen das Recht beherrscht wird, in ihrer lebendigen Wechselwirkung zu fassen, könnten wir in sein wahres Wesen eindringen und das Geheimniß seiner Entstehung enthüllen. Gestehen wir es frei, es wird nie gelingen, das Recht in diesem Sinne kennen zu lernen, und wenn man glaubt, ihm dadurch näher zu kommen, daß man es auf logische Formeln abzieht, so ist das ein großer Irrthum. Wie das Leben läßt sich auch das Recht nicht durch eine Logik von Begriffen erschöpfen. Wohl giebt es eine Logik der Thatsachen, und diese glauben wir in der Geschichte offenbart zu sehen, die Logik aber, wie sie als Form des Denk-

vermögens uns zu Gebote steht, ist nicht bloß Voraussetzung, sondern auch eine Schranke unserer Erkenntniß. Einer Logik, welche die letzten Gründe des Lebendigen zu erklären vermöchte, was Leben eigentlich ist und wie es gemacht wird, sind wir nicht fähig. Darum läßt sich auch das Recht durch keine Kategorien erschöpfen. Allerdings sind wir genöthigt, es systematisch darzustellen, und dazu haben wir kein anderes Mittel als logische Gliederung, dennoch aber bleibt das System, wie wir an einem andern Ort gezeigt haben, immerhin Nothbehelf, wodurch das Dasein und die innere Entwicklung des Rechts nicht vollständig wiedergegeben werden; sobald wir es als Ausdruck des Volkslebens fassen, ist es mehr als ein bloß logischer Organismus.

Damit steht nicht in Widerspruch, daß es doch schließlich ein menschliches Erzeugniß bleibt. Denn einmal ist nicht alles Menschenwerk zugleich Product unserer Reflexion, und sodann können wir das was von Menschen geschieht noch nicht deshalb erklären, daß es durch sie geschieht. Alle Geschichte wird zuletzt durch die Menschen gemacht, und doch sind wir nicht im Stande, ihr eigentliches Wesen zu begreifen, weil wir nicht sowohl ihre Urheber wie ihre Werkzeuge sind. Die Menschen machen die Geschichte, und doch macht die Geschichte erst den Menschen; sie war nicht bloß das Frühere, sie ist auch später immer das Vorausgesetzte, von welchem jedes Volk und jede Zeit ihre besondern Eigenthümlichkeiten empfängt.

Neuerdings hat man den subjectiven Willen, oder anders ausgedrückt die Selbstsucht, für den Urquell des römischen Rechts erklärt. Und zwar von zwei verschiedenen Seiten her, von der einen, um daraus ein Verdammungsurtheil abzuleiten, von der andern, um das Princip hiernach als nothwendig für jedes Recht darzustellen.[12] Wenn nun auch der Eigennutz bis zu einem gewissen Grad bei jedem Volk als Quelle des rechtlichen wie des wirthschaftlichen Lebens erscheint, so erscheint daneben zugleich das Rechtsgefühl, welches Andern dasselbe einzuräumen bereit ist, was wir für uns fordern, und als dritter, vorzugsweise staatsbildender Trieb, der Gemeinsinn wirksam. Und das war bei dem römischen

Volk nicht minder wie bei andern der Fall. Der Satz würde also dahin zu beschränken sein, daß das Princip der subjectiven Willensfreiheit oder die Selbstsucht im römischen Recht stärker als anderwärts hervorträte. Denn so wenig wir die Mängel des fremden Rechts verkennen wollen, so sehr wir den Zusammenhang desselben mit dem römischen Leben und seinem Verfall und Untergang hervorgehoben haben, es hieße doch allen sittlichen Gehalt desselben in Frage stellen, wenn man es zum Product reflectirter Selbstsucht machen wollte. Wohl erscheinen die Fehler des Volks, seine Herrschsucht und seine Geldgier, auch im Privatrecht wieder. Der Eroberungspolitik des Staats konnte nur ein Recht entsprechen, das an der subjectiven Willensfreiheit festhielt, aber auch die Tugenden des Volks, seine Energie und Consequenz, seine Besonnenheit und Mäßigung spiegelt uns das Recht ab. Dafür spricht die Strenge des Schuldrechts, der Rigorismus der römischen Fides, die ursprüngliche Reinheit des Familienlebens, die Scheu vor Willkür und Gewaltsamkeit, kurz die ganze Art und Weise, wie das Privatrecht behandelt und in der guten Zeit ebenso heilig geachtet wurde als die Staatsverfassung. Die einzelnen Charakterzüge welche dem Volke eigenthümlich waren, können wir auch aus dem Recht herauslesen, und es wird noch lange dauern, bis wir einen endgültigen Schluß auf den gesammten Geist und Charakter des Volks machen dürfen. In jedem Fall war sein Recht nicht schlimmer wie es selbst, weder im Anfang noch zu Ende der Entwicklung.

Wir haben von der Bedeutung jenes Grundprincips für das römische Recht oben schon gesprochen, daß es nur eine Fiction, ein nothwendiges Mittel war, um zu einem selbständigen Privatrecht zu gelangen, und wir müssen es hier wiederholen, daß darin weder die eigentliche Grundlage des römischen, wie des Privatrechts überhaupt gefunden werden kann. Wir geben gern zu, daß der Gedanke der absoluten Herrschaft, der die Römer zu ihrem Privatrecht führte, durch alle Institute desselben durchgeht und sie vielfach so übertreibt, daß sie in dieser Form für uns unbrauchbar werden, allein wir können doch nicht einräumen, daß ein Volk je

die Selbstsucht zur Methode seines Rechts gemacht habe, wir können nicht zugeben, daß das römische Recht, in das sich alles Große und Schöne des alten Roms flüchtete und das noch zuletzt durch die classische Jurisprudenz verklärt wurde, so tief herabgesetzt werde. Wir müßten denn dem Volk zur Schuld anrechnen, was sein Verhängniß war, und von der Ansicht ausgehen, daß es von seiner Willkür abgehangen habe, seine Geschichte schöpferisch frei so oder anders zu gestalten. Dann allerdings wäre es möglich gewesen, sie einem einzigen Princip unterzuordnen und dieses auch im Recht durchzuführen, dann hätte in der That der Charakter des Volkes von Anfang an in Selbstsucht aufgehen können. Es giebt für den Gedanken der absoluten Herrschaft, der dem römischen Privatrecht eigen war und an den sich erst später das Princip der individuellen Willensfreiheit anlehnte, noch eine andere Erklärung, die wenigstens nicht bloß von einem ursprünglichen Charakterzug des Volks ausgeht, auf diese aber können wir im Zusammenhang erst unten bei dem Familienrecht uns einlassen. Hier sei die Unhaltbarkeit jener Voraussetzung nur in mehr negativer Weise angedeutet.

Kann schon der einzelne Mensch sich nicht beliebig seinen Charakter bilden, um wie viel weniger ein ganzes Volk, das aus einer Menge verschiedener Individuen besteht und seinen Charakter ebensowohl von diesen empfängt als es ihnen denselben aufprägt. Der sogenannte Geist eines Volks ist jederzeit das Product unzähliger Kräfte und Eigenschaften, Anlagen und Fähigkeiten, die in den Einzelnen wirken und schaffen; seine Entwicklung wiederum die Folge unzähliger auf ihn einwirkender Thatsachen; und wenn wir die endlose Reihe aller dieser Elemente in ihrem räumlichen und zeitlichen Zusammenhang, jedes nach seinem Einfluß auf alle andern, überblickt und abgewogen hätten, so würde zuletzt allerdings eine dem Volk mitgegebene Eigenartigkeit übrig bleiben, die seine Geschichte bedingt und bestimmt, ein Quale, das als solches nicht gemessen werden kann. Aber als freies, selbständiges Wesen, das reflectiren und sich selbst bestimmen könnte, und wenn es sich einmal bestimmt hat als constante und meßbare Größe, mit der

man wie mit einem bekannten Factor rechnen könnte, erscheint der Volksgeist nirgends. Zu keiner Zeit ist in dieser Weise von einem Volk gehandelt worden, und wenn wir von seinem Geiste reden ohne ihn vorher erklärt zu haben, so beschönigen wir damit nur das, was wir nicht wissen. Mag derselbe in Wirklichkeit das Bestimmende und Vorausgesetzte sein, für unsere Betrachtung ergiebt er sich erst aus seinen Wirkungen, und hierbei erscheint nicht das abstracte Volk, sondern die Summe seiner Glieder thätig. Wir abstrahiren erst von den Gliedern, indem wir aus der Uebereinstimmung ihrer leiblichen Anlage wie aus der wesentlich gleichen Aeußerung ihres geistigen Lebens auf ihre Zusammengehörigkeit als Volk schließen. Wie nun bei dem Einzelnen die angeborene Anlage nur ein Moment ist neben dem, was äußere Eindrücke, Erlebnisse und Erfahrungen, Erziehung, Unterricht, Schicksale und eine Menge von andern Umständen daraus machen, so ist es auch bei ganzen Völkern. Ihr Geist und Charakter entwickelt sich erst durch Berührung mit der Außenwelt, er ist in einer fortwährenden Veränderung begriffen, ohne doch sich je zu verlieren, eben deshalb aber müssen wir die angeborne Natur, so lange sie noch unbekannt ist, vorläufig außer Acht lassen, wenn auch alle Geschichte erst dadurch entsteht, daß der Geist auf die Dinge der Außenwelt zurückwirkt. Das gilt nicht bloß von dem Geist des Volks im Ganzen, sondern von jeder einzelnen Kraft oder Neigung, die ihn mit bilden hilft, denn der Geist löst sich wieder in eine Menge von Kräften auf, die alle ihre Geschichte haben. Auch die geringste Eigenthümlichkeit desselben hat ihre Entwicklung und berührt die übrigen mit, wie sie von ihnen mit berührt wird. So ist jede einzelne Tugend, jeder Fehler des römischen Volks nur Eine Lebensäußerung, Ein Moment seines Charakters, das, so wichtig es sein mag, doch diesen nach keiner Seite erschöpft. Die römische Selbstsucht, wie wir sie zu betrachten gewohnt sind, ist erst das Resultat der Geschichte, sie hat sich mit den großen Eroberungen allmählich entwickelt und in demselben Maße zugenommen wie diese, aber erst zuletzt ward sie zur andern Natur der Römer, erst zuletzt hat sie alle Tugenden des Volks überwuchert und erstickt.

Nie also bewegt sich die Geschichte nach einfachen von einem Volk vorausbestimmten Principien, sondern es sind stets eine ganze Reihe verschiedener Kräfte zugleich wirksam. Ein Unterschied besteht nur darin, daß das Eine mehr, das Andere weniger, ein Drittes scheinbar vielleicht gar nicht hervortritt. Und wie es im Leben des Volks nicht eine Eigenschaft allein ist, welche als Quelle und Wurzel der übrigen gelten könnte, so ist es auch im Recht nicht ein Princip allein, auf das sein wechselvoller Inhalt zurückgeführt, und von welchem wie von einem einzigen Mittelpunkt aus die übrigen abgeleitet werden könnten.

Wir wollen uns deshalb bei dem allgemeinen Character des römischen Rechts nicht lange aufhalten, sondern möglichst bald zu den einzelnen Theilen desselben übergehen. Gleichwohl mag es erlaubt sein, schon hier einige Grundzüge hervorzuheben, die ihm eigenthümlich sind und die ein besonderes Interesse für uns haben, weil sie seine Uebereinstimmung mit den Eigenthümlichkeiten der römischen Cultur darthun. Es soll damit nur angedeutet werden, daß sie für unsern Standpunkt die wichtigsten sind, nicht aber, daß sie dies für jeden andern auch wären, noch daß sie zu einem vollen Verständniß desselben ausreichten. Ein erschöpfendes Bild wird sich erst aus den Einzelnheiten ergeben, hier sei nur das vor Augen gestellt, was den Hauptunterschied der römischen von der deutschen Rechtsentwicklung ausmacht: ihr eigenthümlicher Werth und ihre eigenthümlichen Mängel.

Die Charakterzüge des politischen und wirthschaftlichen Lebens der Römer finden wir auch im Recht wieder, vor Allem die centralisirende und nivellirende Tendenz, die im Staatsleben hervortritt. Ja wenn wir das Recht von der politischen Seite nehmen, so war es für den Staat nur ein Mittel, die Einheit und Gleichheit durchzuführen. Die Stadt erzeugte den Staat und blieb Jahrhunderte lang mit ihm identisch; und so war auch das Recht ursprünglich reines Stadtrecht und hat sich als solches zum Weltrecht erweitert. Wir brauchen hier nicht zu wiederholen, wie diese Entwicklung eintrat, wodurch die Centralisation hervorgerufen und in solchem Grade ausgebildet wurde, denn soweit es möglich war

ist darauf oben schon geantwortet worden. Nur dürfen wir uns nicht damit begnügen, sie als Folge eines in der römischen Geschichte wirkenden centripetalen Princips zu erklären, denn die Frage ist eben, wie sich ein solches Princip gebildet und die Herrschaft erlangt hat. Soweit der Staat vorrückte, rückte auch das Recht vor, indem diejenigen, welche wirklich zu Bürgern aufgenommen, auch mit der Civitas, dem Stadtrecht im politischen wie im privatrechtlichen Sinne beliehen wurden. Es wurde zunächst nur als Privileg an Einzelne oder ganze Gemeinden gegeben, aber wer dasselbe annahm, gab damit sein früheres persönliches oder örtliches Recht auf: Particularrechte in unserem Sinne hat der römische Staat nie anerkannt, höchstens geduldet. Mit andern Worten, das römische Recht war von Anfang an ein einheitliches oder gemeines Recht, das zuletzt als alle Unterthanen Bürger geworden waren im ganzen Umfang des Reiches galt. Das Jus civile war das Recht „quod pertinet ad omnes", wie es erklärt wird, ein Recht das überall wo es galt auch ohne Unterschied der Person galt; es schloß nicht allein verschiedene Ortsrechte, sondern auch verschiedene Standesrechte aus, ja es duldete seiner Natur nach nicht einmal Ausnahmen und Privilegien, ein ius commune also, wie wir Jahrhunderte lang und bis auf die Gegenwart nach keiner Seite ein solches gekannt haben, hinsichtlich des Orts, der Person und der innern Natur.

Wie bei einem solchen Vorschreiten der Staat von selber das Besondere und Individuelle unterdrückte, die äußere Gleichförmigkeit schon aus der Einheit folgte, so hat das Recht mit seinen abstracten Begriffen auch innerlich nivellirt und die Gleichheit noch weiter durchgeführt. Wir dürfen dies wiederum nicht blos auf einen Gleichheitstrieb des Rechts zurückführen, denn zuvor möchten wir wissen, wie derselbe entstehen und in solchem Maße entstehen konnte; wir wollen uns nicht mit der Thatsache begnügen, sondern deren Grund aufsuchen. Der Gleichheitstrieb erklärt sich erst aus der Uniformität des römischen Lebens, und das Recht hat um kein Haar breit mehr oder weniger nivellirt, als diese es forderte oder zuließ. Allerdings muß jedes Recht von zahllosen Verschie-

denheiten des Factischen absehen, weil nur um diesen Preis Regeln möglich werden, allein das römische hat dies in viel höherm Grad gethan als das deutsche, und daran war nicht allein die Abneigung des Volks gegen alles Individualisiren, sondern zunächst die größere Gleichförmigkeit des Lebens schuld.

Konnte es die ganze römische Geschichte nicht zu gesonderten Berufsständen kommen, blieben Ackerbau und Handel in denselben Händen beisammen, so war es natürlich, daß die Rechtsfähigkeit für alle Bürger die nämliche war und die Institute sich bei ihnen gleichmäßig wiederholten. So reichte Ein Begriff, der der Person, zur Bestimmung der Rechtsfähigkeit aus. Während wir diesen Begriff erst mit dem römischen Recht überkommen haben, weil wir eine solche Rechtsgleichheit nicht kannten, hat das römische umgekehrt nur ein Personenrecht, keine Standesrechte gehabt, weil es von Ständen in unserm Sinn nichts wußte.

Aehnlich im Sachenrecht. Weil die frühzeitige Entwicklung der Lebensverhältnisse bewegliche und unbewegliche Sachen gleichstellte, konnte das Recht dieselben nicht verschieden behandeln, sondern in beiden nur wesentlich gleiche Vermögensobjecte sehen; und mit dieser fundamentalen Gleichstellung fielen alle weitern Unterschiede der Sachen für das Recht hinweg.

Da also das Personenrecht keine Stände, das Sachenrecht keine Arten kannte, die für den Inhalt der Rechte relevant gewesen wären, ergaben sich die abstracten Begriffe von Rechtssubject (persona) und Rechtsobject (res) von selbst. Der ganze Stoff des Rechts konnte ihnen untergeordnet werden, und es blieb zum Schluß nur noch übrig, von den Beziehungen beider zu einander und dem Schutz der Rechte, oder den Rechtsgeschäften und Klagen, zu handeln. Das ist das einfache System des römischen Privatrechts: personae, res, actiones.[13]

Damit soll keineswegs geläugnet werden, daß der zur Abstraction neigende Sinn des Römers hinzukommen mußte, um von der natürlichen Ungleichheit abzusehen und sie unter allgemeine Klassen und Regeln zu bringen; auch lassen wir es gern dahin gestellt, ob nicht in der frühern Zeit die Abstraction weiter getrie-

ben wurde, als vielleicht nöthig gewesen wäre. Aber verkehrt wäre es, die Art und Weise wie die Römer den rechtlichen Ausdruck ihres Lebens faßten, lediglich ihrem abstracten Sinne zuzuschreiben. Denn die Einförmigkeit des römischen Lebens ist sicherlich nicht blos auf Rechnung des letztern zu setzen. Weil die Zustände einförmig waren, konnte sich derselbe im Recht geltend machen, und weil er hier neuen Spielraum fand, wurde er weiter entwickelt und ausgebildet. Es ist wieder eine einfache Wechselwirkung, die wir vor uns haben: Form und Inhalt des Rechts berühren sich nicht minder, als die geistige und wirthschaftliche Seite des Völkerlebens überhaupt; der letzte Punkt der Berührung wird für uns ebenso räthselhaft bleiben, als die Berührung von Seele und Leib des einzelnen Menschen. Indem wir uns dagegen verwahren, das Eine lediglich aus dem Andern abzuleiten, verwerfen wir nicht blos die Erklärung der Rechtsgleichheit aus einer geistigen Richtung des Volks, sondern auch die der letztern aus jener. Die abstracte Fassung des Rechts, die strenge Durchführung der Begriffe und ihre oft starre Consequenz mag auf Rechnung einer ursprünglichen Anlage gesetzt werden; die Einfachheit des Systems dagegen, die Möglichkeit weiter Kategorien, die Unterordnung einer Menge verschiedener Fälle unter dieselbe Regel ging erst aus der Gleichförmigkeit des Lebens hervor. Beide haben sich an einander entwickelt, jede ist Wirkung und Ursache zugleich.

Nur soviel ist klar, daß der Einfluß jener und der Einfluß dieser nicht bei dem Recht stehen blieb, sondern die Cultur der Römer überhaupt bedingte, daß also um die Eigenthümlichkeit des Rechts zu erklären alle Seiten der Entwicklung und die gesammte geistige Begabung in Betracht kommen: der abstracte Sinn erscheint in der Religion und Kunst nicht weniger als im Recht, und darum hat wenn wir wollen die Gleichförmigkeit des Lebens auch auf sie gewirkt. Und wenn wir sehen, wie zwischen der geistigen und stofflichen Seite des Rechts die innigsten Wechselbezüge Statt finden, so folgt daraus weiter, daß die Formen des römischen Rechts keinem andern Recht vollständig entsprechen können, weil jedes seinen besondern stofflichen Inhalt hat. Wie wir

nicht läugnen dürfen, daß die römische Rechtsgleichheit schon bei dem Volk selbst manchen edeln Keim unterdrückt hat, der in der Anlage desselben begründet war, so müßte ihre Durchführung bei einem reicher entwickelten Volk geradezu zerstörend wirken und für uns, wo das Recht im Einklang mit dem Leben einer größern Mannigfaltigkeit Raum gewährt, in der That einem Untergang der Cultur gleichkommen. Liegt in der frühzeitigen formellen Ausbildung des römischen Rechts ein großer Vorzug desselben, so finden wir auf der andern Seite auch die Mängel einer oberflächlichen und verfrühten Entwicklung in ihm wieder. Jene fehlt bis jetzt noch unserm Recht, aber wir sollen sie nicht um den Preis einer Verkümmerung seines Inhalts zu erringen suchen.

Mit der römischen Abstraction hängt ferner zusammen, daß sich das ganze Recht scheinbar von Sitte und Leben abgelöst zeigt. Es erscheint schließlich als bloßer Schematismus von Begriffen und Formeln, und diese Abstraction kehrt bei jedem Institut wieder, vor Allem beim Eigenthum, dessen Behandlung für das gesammte Privatrecht maßgebend ist. So erscheint dasselbe auch als Grundbegriff des römischen Rechts, und wenn wir es in seinem ursprünglichen weitern Sinne nehmen, als dominium ex iure Quiritium, so ruht allerdings nicht allein das Sachenrecht, sondern auch das Personen- und Familienrecht darauf. Die Römer gehen in der That von diesem einzigen Herrschaftsbegriff aus, während wir von vornherein deren zwei aufgestellt haben, Gewere und Mundium. Insofern war es kein unrichtiger Gedanke, wenn Vangerow die römische Freiheit vom Eigenthum ableitete und die Analogien des Personen- und Sachenrechts nachwies.[14] Nur dachten die Römer nicht daran, aus einer Uebereinstimmung, die ihnen selbst vielleicht nicht einmal bewußt war, praktische Schlüsse zu ziehen; so umfassend ihre Begriffe waren blieb ihnen doch der Unterschied in der rechtlichen Stellung der Personen und Sachen trotz der Servitus nicht verborgen. Wie bei dem Eigenthum erscheint auch bei den übrigen Instituten die Mannigfaltigkeit des Lebens von der abstracten Regel beherrscht; nirgends hat das Recht noch einen stofflichen Zusatz der Verhältnisse, für welche es bestimmt ist; und doch

könnte man bei Alledem nicht sagen, daß es die natürlichen Unterschiede der Dinge nur ungenügend berücksichtigt oder übersehen hätte. Selbst in der Uebertreibung, die wir hier und da im ältern Recht finden, war die Abstraction für das römische Recht nothwendig, denn ohne sie würde es kaum möglich gewesen sein, ein selbständiges Privatrecht zu erzeugen. Eben darum konnte die privatrechtliche Befugniß nicht abstract genug gefaßt, nicht scharf genug von allem Fremden abgeschlossen werden. Was aber für die Römer Quelle der Entwicklung war, würde für uns deren Tod sein.

In derselben Weise wie die Eigenthümlichkeiten des politischen haben die des wirthschaftlichen Lebens im Recht einen Ausdruck gefunden. Konnten wir oben bei der Entwicklung des Rechts eine vollkommene Uebereinstimmung mit der Volkswirthschaft nachweisen, so wird sich dieselbe auch in der jüngsten Gestalt des Rechts — in dem uns überlieferten System der Kaiserzeit — nicht verläugnen, nur daß dort mehr die Vorzüge und Lichtseiten, hier die Mängel und Schattenseiten vor Augen treten. Zwar von dem eigentlichen Verfall des römischen Lebens blieb das Recht aus den angeführten Gründen ziemlich verschont, sein Inhalt stammt aus einer im Ganzen noch gesunden Periode des Volks, und das beste Theil nationaler Kraft hatte sich in die klassische Jurisprudenz gerettet; aber die Unvollkommenheit der Entwicklung überhaupt, die Unterdrückung der freien Arbeit, den Mangel aller wirthschaftlichen Production, mit einem Wort die tiefere Culturstufe, auf welcher das Volk stehen blieb, können wir selbst in der abstracten Fassung des Rechts wiedererkennen. Es gewährt keine ausreichenden Formen für eine wahrhaft productive Thätigkeit, durch viele Institute blicken Gewinnsucht und Eigennutz hindurch, die Auflösung der Familie wirkte trotz der Kaiserconstitutionen auch auf das Recht ein, und für ein successives oder gleichzeitiges Zusammenwirken verschiedener Kräfte, für ein höheres und reicheres Vereinsleben, findet sich kein irgendwie entsprechender Ausdruck.

So konnte das Personenrecht bei aller Rechtsgleichheit nicht dahin kommen, den Menschen als solchen als Rechtssubject anzuer-

kennen, denn immer blieb eine Klasse zurück, die von jeder Rechtsfähigkeit ausgeschlossen war, und die größere Rechtsgleichheit im Uebrigen erscheint nur als Folge einer unvollkommenen Entwicklung. So war das Sachenrecht nicht im Stande, die eigentliche Bedeutung des Grundeigenthums festzuhalten; denn auch bei den vorgeschrittensten Zuständen hat der Grund und Boden eine andere wirthschaftliche Bedeutung als die fahrende Habe oder das Capitaleigenthum. Dort wie hier fehlt es an all den eigenthümlichen Instituten, die aus der Entwicklung der freien Arbeit als selbständig productiver Kraft hervorgehen und eine Menge fruchtbarer Verbindungen der Arbeit und des Capitals mit dem Boden erzeugen: daher haben alle Institute, die auf dem Realcredit ruhen, gar keine oder nur eine ungenügende Ausbildung erlangt, ein Mangel, der auch auf das Obligationenrecht nachtheilig zurückwirkte.

Am nachtheiligsten aber war das Princip der Individualfreiheit für das Familien- und Erbrecht, so daß die Anwendung des römischen Rechts auf unser Leben hier am meisten zu beklagen wäre, weil die Familie bei uns viel tiefer wurzelt und weiter greift als in Rom. Es ist wahr, das Familienleben der ältern Zeit zeichnete sich ebenso durch Reinheit und Strenge aus wie das unsere, allein schon in Folge der großen Eroberungen lockerten sich die Bande, und wir haben nicht das ältere, sondern das jüngere römische Familienrecht vor uns. In demselben Verhältniß, in welchem die sittliche Grundlage der Familie sich auflöste, wurde auch die wirthschaftliche untergraben. So lange die ältern Zustände fortdauerten, konnte das Princip nicht schaden, da es im Familien- und Erbrecht eben noch zu keiner Ausbildung gekommen war, und wo es hätte gefährlich werden können, ward es durch die Sitte wieder gemildert. Später indeß, als diese sich änderte, die Thätigkeit des Staats in der Eroberung oder Knechtung fremder Länder, und die des Einzelnen in Hab- und Genußsucht aufging, konnte es um so ungestörter die Zersetzung und Auflösung beschleunigen helfen. Gerade im Familien- und Erbrecht tritt die Bedeutung des wirthschaftlichen Lebens für den sittlichen Halt des Volks am stärksten hervor; ohne die verfrühte Mobilisirung des

Grundeigenthums würde weder das Princip überhaupt möglich gewesen, noch — seine Möglichkeit vorausgesetzt — zu solcher Herrschaft gelangt sein. Denn die Individualfreiheit war nicht bloß Folge eines einmal angenommenen Gedankens, von welchem die Römer bei ihrem Privatrecht ausgingen, sondern zugleich von der frühzeitigen Flüssigkeit und Beweglichkeit des Vermögens und der Zerstörung und Auflösung der Familie selbst.

Auf der andern Seite hat diese frühzeitige Beweglichkeit des Vermögens wieder zu der relativ hohen Entwicklung des römischen Rechts mitgewirkt, und wie das früh ausgebildete Verkehrsleben der Stadt Rom schon auf die Anfänge desselben den günstigsten Einfluß ausübte, ist oben kurz gezeigt worden. Wie im Leben und Recht eines Volkes Alles mit einander in innerer Beziehung steht, so hängen auch die Vorzüge und Mängel beider unmittelbar zusammen. Sobald der römische Verkehr sich zum Weltverkehr erweiterte, konnte daher auch das Princip der individuellen Vermögensfreiheit seine volle Kraft entfalten: der rasche Uebergang zur reinen Geldwirthschaft, welcher der Durchbildung des Sachenrechts hinderlich war, war für die frühzeitige Entwicklung des Obligationenrechts um so vortheilhafter. Darum ist gerade dieses das reichste Glied des römischen Rechts geworden, es ist als ob die übrigen ihr gesammtes Leben an dasselbe abgegeben hätten, denn unbedingte Vermögensfreiheit ist das eigentliche Element des Verkehrs. Mochte das Sachenrecht verkümmern, das Familienrecht zerrissen werden, in der Ausbildung des Verkehrs fand das Privatrecht der Römer seinen Ziel- und Mittelpunkt und hier erst hat es seine höchste Vollendung erreicht. Aus diesem Grund ist auch das römische Obligationensystem von jeher als Kern der Reception betrachtet worden und bis auf die Gegenwart vor den übrigen Theilen des fremden Rechts praktisch geblieben.

Freilich reicht es für den modernen Verkehr doch nicht aus, denn unsere vielseitigere und höhere Entwicklung mußte zuletzt auch ein reicheres Verkehrsleben erzeugen, was durch die Formen des römischen — und wären sie noch so umfassend — nicht erschöpft werden kann. Je blühender die Cultur des Bodens ist, je mehr

die in ihr liegende Kraft angespannt wird, desto reicher wird schließlich auch der Verkehr, desto blühender und vielseitiger der Handel werden. Deshalb kann einem dürftigen Sachenrecht nie ein vollständiges Obligationenrecht zur Seite gehen, und so weit wir in der Ausbildung desselben noch hinter den Römern zurück sein mögen, das unsere wird endlich doch das römische übertreffen und wenn auch vielleicht nicht in der Form so vollendet, wenigstens dem Inhalt nach reicher und mannigfaltiger werden. Insofern die Entwicklungsstufe des römischen Rechts für die Zeit der Reception vorgeschrittener war als die des deutschen, vermochte die Reception wohl einen relativen Fortschritt zu begründen, ein weiterer aber ist nur durch fortgesetzte Ausbildung beider möglich.

Römisches und deutsches Recht verhalten sich also auch im Obligationensystem wie römische und deutsche Cultur überhaupt. Es sind zwei auf einander folgende Epochen der Geschichte, von denen unsere nach ihrer sittlichen wie nach ihrer wirthschaftlichen Seite die höhere ist. Denn je höher ein Volk sittlich begabt ist, desto reicher und edler wird seine Wirthschaft werden, und je reicher diese ist, desto mehr wird seine sittliche Kraft sich entwickeln. Ist aber die germanische Cultur wirklich eine höhere als die römische und das Recht nur ein lebendiger Ausdruck derselben, so muß auch das letztere bei uns einer reicheren Entwicklung fähig sein als bei den Römern, und wenn es jetzt noch hinter diesem zurücksteht, so haben wir eben zu bedenken, daß es noch eine Zukunft hat, während das römische abgeschlossen ist. Nur daß wir nicht bloß mit dem nationalen, sondern auch mit dem fremden Recht arbeiten sollen, und gerade darum drängt sich die Frage auf, in wiefern wir letzteres können und wie wir bei der Arbeit verfahren sollen.

Versuchen wir nun, die Eigenthümlichkeiten des römischen Rechts zunächst für das Personenrecht darzuthun. Wir stellen sie mit unter die Grundzüge, weil die Behandlung der Person in der That charakteristisch ist für das gesammte Recht.

Gleich der Ausdruck Person, den die Römer zur Bezeichnung der Rechtsfähigkeit im Allgemeinen brauchen, ist bedeutsam: ein

Wort, welches wir erst von ihnen entlehnen mußten, um die natürlichen und künstlichen Träger von Rechten unter Einen Begriff zusammen zu fassen. Aus doppeltem Grund bedurfte das römische Recht dieser Abstraction. Einmal weil nicht alle Menschen, und sodann weil nicht bloß Menschen rechtsfähig waren. Denn wenn auch die Sclaven nicht rein als Sachen angesehen wurden, so galten sie doch ebensowenig als selbständige Rechtssubjecte; ihre Persönlichkeit kam nur da in Betracht, wo es unmöglich war, sie zu übersehen, oder wo dies für die Herren Nachtheile gehabt hätte. Außerdem gab es in Rom wie bei uns Verbindungen oder Anstalten, die als solche Rechte hatten, so wenig man sie sonst den natürlichen Personen gleichstellen konnte.

Das einzelne Individuum kann nie für sich allein die Summe der ihm verliehenen Kräfte entwickeln. Sein ganzes Thun und Leiden ist auf Gemeinschaft angewiesen, und die Natur selbst hat diese Bestimmung vorgezeichnet, indem sie den Menschen in Familien und Völkern geboren werden läßt. Die allgemeinste Verbindung, welcher ein Volk Persönlichkeit beilegt, ist der Staat oder die Persönlichkeit des Volks selbst. Daneben aber pflegt es noch weitere Verbindungen zu schaffen; je höher und reicher es begabt ist, desto mannigfaltiger werden sie sein. Diese haben für ihre Zwecke meist ebenso gut Vermögen nöthig wie die Individuen, und wenn dasselbe mittelbar wieder für die letztern bestimmt ist, so sind sie doch nicht wie im andern Fall unmittelbar die Besitzer und Nutznießer. Das Recht muß deshalb diesem Zug folgen und in der Behandlung der Güter einen Unterschied machen, damit die Verwendung dessen, was den Vereinszwecken dienen soll, gesichert bleibt. Es thut dies, indem es nicht bloß Individuen, sondern auch Vereinen Befugnisse beilegt, sie wie der Kunstausdruck lautet als juristische Personen behandelt; ja es können in der spätern Zeit sogar bloße Zwecke, Stiftungen oder Anstalten ohne ein Substrat natürlicher Personen, so behandelt werden. Dadurch wird es möglich, den Verbindungen und Stiftungen, ohne welche keine Cultur gedacht werden kann, eine geordnete und dauernde Existenz zu verschaffen: sie über das Leben ihrer zeitweiligen Träger zu erheben und ein

Zusammenwirken der Generationen herbeizuführen. So wird namentlich das Princip der Arbeitsvereinigung verschiedener Zeiten, das für die wirthschaftliche Entwicklung so überaus wichtig ist, vom Recht anerkannt und in bestimmter Weise formulirt. Römisches wie deutsches Recht haben dies gethan und jedes in seiner Art eigenthümliche Formen dafür erzeugt. Wir kommen darauf unten zurück.

Indem die Römer alle Rechtssubjecte mit demselben Terminus Person bezeichneten, konnten sie gleichwohl die natürlichen Unterschiede der Rechtsfähigkeit nicht wegleugnen. Vor Allem war es unmöglich, natürliche und juristische Personen gleichzustellen, da die Bedeutung der letztern nur eine vermögensrechtliche ist, die gesammte Rechtsfähigkeit, welche mit der natürlichen Seite des Menschen zusammenhängt, ihnen abgeht. Daß viele daneben noch eine kirchliche oder politische Bedeutung haben, kommt für uns hier nicht weiter in Betracht.

Aber auch die natürlichen Personen konnte das Recht nicht gleich behandeln. Mochte die Civitas im ganzen Reich dieselbe sein, so waren doch nicht alle Einwohner zugleich Bürger. Die Unterschiede zwischen Bürgern und Fremden (cives, latini, peregrini), Freigebornen und Freigelassenen (ingenui, liberti), Häuptern und Angehörigen der Familie (sui und alieni iuris) konnte selbst das römische Recht nicht übersehen, und obgleich die rechtliche Stellung der verschiedenen Einwohnerklassen wieder durch das ganze Reich die nämliche war, so ergab sich in gewissem Sinn hiernach doch eine Gliederung nach Ständen. Freilich war nicht der Inhalt des Rechts nach einzelnen Ständen verschieden, sondern nur die Art und Weise, wie dieselben am Jus civile Theil nahmen; das Recht stellte nur eine allgemeine Rechtsfähigkeit auf, allein es mußte diese hinterher auf das Mannigfachste beschränken und modificiren.

Dann aber mußte das Recht auch die natürlichen Ungleichheiten des Menschen gelten lassen, soweit sie auf durchgehenden Unterschieden nach Geschlecht, Alter, Integrität der Willenskraft beruhen. Insofern ist es ein bloßer Umweg, die Ungleichheiten

des Menschen zuerst im Begriff der Person aufgehen zu lassen, und sie dann, soweit sie für das Recht erheblich sind, als Ungleichheiten der Person wieder anzuerkennen. Nicht anders verhält es sich mit der Unterscheidung zwischen Rechts- und Handlungsfähigkeit: Rechte inne haben und Rechte erwerben zu können. In ihrer ausgebildeten Gestalt mangelt die Unterscheidung dem ältern römischen Recht so gut wie dem deutschen, der Sache nach ist sie auch dem letztern bekannt gewesen, ebenso wie die Abstraction von der natürlichen Ungleichheit der Menschen. Denn unser Recht ist in der Anerkennung des Ungleichen weder soweit gegangen, alle Unterschiede der Menschen berücksichtigen zu wollen, noch hat es die Rechtsunfähigkeit der Frauen, Kinder, Altersschwachen und Kranken mit den übrigen Arten derselben, wie etwa der Rechtlosigkeit, verwechselt. Indeß lag es im Geist der ältern Zustände, wo Alles auf den Schutz der Familie ankam, daß sie nicht wie im spätern Recht sich allein in der mangelnden Handlungsfähigkeit äußerte, sondern zugleich eine Verminderung der Rechte selbst bewirkte. Streng genommen erscheint die Handlungsfähigkeit überall nur als Art der Rechtsfähigkeit, da der, welcher nicht selbständig Rechte erwerben kann, immerhin eine geringere Rechtsfähigkeit hat. Beide Rechte, römisches wie deutsches, haben im Lauf der Zeit eine analoge Entwicklung durchgemacht, das römische aber hat sie früher und rascher vollendet als das deutsche. Und seine begrifflichen Distinktionen kamen unserm Recht zur Zeit der Reception vortrefflich zu Statten, weil die logische Durchbildung desselben allerdings für eine entwickeltere Culturstufe zum Bedürfniß ward.[15]

Dabei soll nicht geläugnet werden, daß die äußere Gestalt wie die innere Tendenz beider Rechte wesentlich von einander abweichen. Das römische Recht sucht die natürlichen Unterschiede der Menschen zu beherrschen, das deutsche läßt sich umgekehrt von ihnen bestimmen; dort wirkt das Recht mit seinen abstracten Regeln mehr auf die gegebenen Verhältnisse, hier wirken diese in ihrer concreten Lebendigkeit mehr auf das Recht ein; in Rom wird die Person zunächst überall als gleich vorausgesetzt, bei uns empfängt die Rechtsfähigkeit erst durch die natürlichen Eigenschaften, die po-

litische Stellung, den besondern Beruf der Subjecte ihren Inhalt. Der letzte Grund dieser Verschiedenheit ist aber nicht allein in der geistigen Auffassung, sondern in der Cultur beider Völker zu suchen, wenigstens hat diese auf jene unmittelbar zurückgewirkt.

Denn weil es im Alterthum keine gesonderten Berufsstände gab, war für die Römer ein einziges Jus civile genügend, nicht bloß in dem Sinn, daß es Localrechte ausschloß, sondern auch daß es keinen Raum für Standesrechte hatte. Stände, die allein durch die Geburt bestimmt werden, bedürfen noch keines verschiedenen Rechts, und ebensowenig erzeugt der bloße Beruf nothwendig ein solches, so lange die Lebensverhältnisse die gleichen sind. Dann sind es eben auch die Rechtsverhältnisse, und diesen müssen wieder die Rechtsinstitute entsprechen. Politische Unterschiede oder eine quantitative Ungleichheit des Rechts sind denkbar, aber der materielle Gehalt desselben wird überall der nämliche sein, wo das wirthschaftliche Leben der verschiedenen Stände das nämliche ist.

So hatten in Rom Patricier und Plebejer, Bürger und Fremde, Freie und Libertinen, selbständige und abhängige Familienglieder ein einziges Vermögensrecht. Selbst die Sclaven nahmen passiv daran Theil; ein besonderes Sclavenrecht konnte es schon aus dem einfachen Grund nicht geben, weil die Sclaven überhaupt nicht als Rechtssubjecte galten. Der Gegensatz von patricischem und plebejischem Recht war zunächst religiöser, der von Jus civile und Jus Gentium nationaler Art: beide bezogen sich mehr auf die Symbole und Formen wie auf den Inhalt des Rechts. Der Standesunterschied der Patricier und Plebejer hätte noch am ersten besondere Standesrechte entwickeln können, aber er verlor sich zu rasch, ehe irgend ein Unterschied des Berufs hinzutrat, und zu der Zeit als die Ausbildung des Rechts zum Weltrecht erst begann hatte er längst aufgehört. Es gab wohl eine Zeit lang ein eigenes Bürger- und ein eigenes Fremdenrecht, ein Recht der Freien, der Freigelassenen und der Sclaven, aber alle diese Gegensätze hatten im Jus civile ihre Quelle und ihren Mittelpunkt und berührten nur die Rechtsfähigkeit im Allgemeinen. Ob der Römer ein Versprechen durch Sponsion, der Peregrine durch Stipulation ein-

ging, der Ingenuus frei über seinen Nachlaß, der Libertine nur unter gewissen Beschränkungen testiren durfte, der Freie für sich und der Sclav für den Herrn erwarb, das machte was den Gegenstand und Inhalt der Rechte anlangt nicht den geringsten Unterschied.

In der ältesten Zeit hat bei uns eine ähnliche Rechtsgleichheit bestanden. Adel, Freie und Knechte standen ursprünglich etwa ebenso zu einander wie Patricier, Plebejer und Sclaven in Rom; es waren zunächst reine Geburtsstände, die dasselbe Leben führten und meist auch auf gleicher Bildungsstufe standen. So verschieden ihre rechtliche Stellung sein mochte, bei allen kehrten wesentlich gleiche oder analoge Verhältnisse wieder, und deshalb mußte auch das Recht im Wesentlichen übereinstimmen. Darin aber zeigt sich eine schon im Keim höhere Entwicklung, daß dem Volksrecht überall ein Hofrecht zur Seite ging. Der Unfreie hatte zwar nicht die gleiche, aber eine immerhin anerkannte Rechtsfähigkeit, und diese bedingte sein Recht in ähnlicher Weise, wie das Volksrecht das des Freien. Es ist der große Fortschritt, der in dem Uebergang von der Sclaverei zur Leibeigenschaft oder Hörigkeit liegt. „Zwar gab es ursprünglich in den Verhältnissen des Unfreien, die in das Hofrecht gehörten, keinen höhern weltlichen Richter als den Herren selbst, und so kann man vom Hofrecht in eben dem Sinne wie ursprünglich vom Lehenrecht sagen: es hing lediglich von der Gnade des Herren ab, allein die Sitte vertrat von jeher auch hier die Stelle des Rechts, und sie nahm auch die Form desselben an von dem Augenblick, wo die Hofgerichte entstanden. Seitdem war die Stellung des Unfreien zu seinem Herren formell der des Freien zur Staatsgewalt gleich. Aber zur formellen Analogie kam auch eine materielle, wonach später das Hofrecht in seinem Innern dem Landrecht, die Rechtsfähigkeit des Unfreien der des Freien ähnlicher wurde. Und je mehr man die Analogie zwischen Hof- und Landrecht im Einzelnen verfolgt, desto mehr wird man mit der Ansicht vertraut, die Hofverfassung sei ein Abbild des Staats, was dieser für den Freien, das sei jene für den Unfreien.“ [16]

Während also auf der einen Seite die Hörigen als Rechts-

subjecte anerkannt wurden, gab man auf der andern zugleich der Rechtsverschiedenheit Raum: es braucht nicht Jeder das gleiche Recht zu haben, wenn Jeder nur ein Recht überhaupt hat; indem man die Möglichkeit besonderer Rechte zuließ, gestattete man im Princip auch schon eine Einwirkung der Stände auf das Recht, Die Römer dagegen haben nur ein Volksrecht, kein Hofrecht gehabt, und darin daß sie es nicht hatten, liegt eine ähnliche Beschränkung, wie daß sie beim Begriff des subjectiven Rechts von einem einzigen Herrschaftsverhältniß ausgehen, während wir von vornherein deren zwei annehmen, eine Gewalt über Personen (Mundium) und einen Besitz bei Sachen (Gewere).[17] Indem nun bei uns die Geburtsstände allmählich zugleich Berufsstände wurden, so daß die Geburtsstände weder aufgehoben wurden, noch eine unübersteigliche Schranke des Berufs bildeten, wurden eben durch den Beruf auch die Standesunterschiede ergriffen. Die Einen blieben beim Ackerbau, die Andern griffen zum Kriegsdienst, noch Andere gingen zum Handel und Gewerbe über. Der Beruf erzeugte verschiedene Lebensverhältnisse und damit auch ein innerlich verschiedenes Recht. Der Orient hat nur Kasten gekannt, die den Beruf von der Geburt abhängig machten und damit alle Freiheit niederdrückten, das klassische Alterthum hat die Schranken der Geburt vorzeitig durchbrochen und damit schließlich nur die Unfreiheit befördert, die wahre Freiheit ist erst durch die deutsche Entwicklung möglich geworden, weil sie zuerst eine nationale Arbeitstheilung durchgeführt hat, nicht wie im Orient durch wenige abgeschlossene Kasten, sondern indem sie das Individuelle berücksichtigt und alle Berufszweige als gleichberechtigt neben einander stellt. Denn Freiheit ist nicht unnatürliche Gleichheit, sondern natürliche Ungleichheit, nicht Einheit, sondern Mannigfaltigkeit. Im Orient gab es gar keine freien Stände, im Alterthum nur einen einzigen, das deutsche Volk hat alle frei gemacht, indem es die Standesunterschiede nicht zerstört, sondern zu ihrer eigentlichen Bedeutung erhoben hat.

In diesem Sinne haben sich bei uns neben den particularen Gegensätzen zugleich verschiedene Standesrechte gebildet, aus dem Volks- und Hofrecht ging später ein Land- Lehen- und Stadtrecht

hervor, und als die mittelalterlichen Stände sich abschlossen, entstand ein eigenthümliches Recht des Adels, der Ritterschaft, der Bürger und Bauern. Nie wurden die alten Geburtsunterschiede aufgehoben, der Vorzug der Entwicklung bestand gerade darin, daß sie fortdauerten und zugleich der Arbeitstheilung Raum gewährten. So fand der Adel seinen Beruf in der Regierung, die Ritterschaft in den Waffen, der Bürger im Gewerbfleiß, der Bauer im Ackerbau. Das letzte Ergebniß aber war das, daß die Knechte überall zur Freiheit aufstiegen, daß nicht mehr die Geburt, sondern auch der Beruf den Stand bestimmte. Es war darum kein übler Gedanke von Phillips, das deutsche Recht einmal nach Ständen zu disponiren; auf diese Weise ward zuerst der tiefere Zusammenhang zwischen unserem Cultur- und Rechtsleben aufgedeckt.

Allerdings war die Entwicklung des Mittelalters ein bloßer Durchgangspunkt. Es hielt an einer Isolirung der Stände fest, wie sie heut zu Tage weder nöthig noch angemessen erscheint, aber eine unendlich höhere Entwicklung als die römische war sie doch, und wir können auch nach der Reception des römischen Rechts nicht von ihr abspringen, ohne uns selbst zu verlieren. Denn unsere heutige Entwicklung ist nur eine weitere Stufe derselben: die Berufsstände des Mittelalters haben ihre Sonderstellung aufgeben müssen, die Schranken der Geburt sind seit der allgemeinen Abschaffung der Leibeigenschaft vollends durchbrochen, mit einem Wort der Bürgerstand hat sich zum Staatsbürgerthum erweitert. Wohl hat das römische Recht zu diesen Fortschritten wesentlich mitgewirkt, es ist ja selbst ein Moment unserer Cultur geworden, allein die Standesverhältnisse der Gegenwart daraus ableiten zu wollen, hieße es zur Quelle unserer Geschichte machen. Und so dauern trotz des römischen Rechts unsere Standesrechte, wenn auch nicht mehr in der Weise des Mittelalters, immer noch fort: ein eignes Privatfürstenrecht, ein eignes Handelsrecht, ein eignes Bauernrecht giebt es noch immer; und gerade das Handelsrecht, das seinen Ursprung dem dritten Stand verdankt und gleich diesem seine frühern Bande gesprengt hat, gewinnt von Tag zu Tag mehr an

Bedeutung, so daß selbst nationale Gegensätze dadurch ausgeglichen werden.

In dem Dasein dieser Standesrechte liegt also nicht ein Mangel, sondern ein Vorzug unseres Rechts. Er bezeichnet die höhere Cultur, die wir erreicht haben, ebenso wie das gemeine Jus civile der Römer der oberflächlichern und dürftigern Entwicklung des Alterthums entspricht. Es ist kein Verdienst, wenn das römische Recht die Ungleichheit des Factischen hier überwunden hat, weil das Factische selbst nicht ungleich war. So weit das Leben die Ungleichheit zuließ, hat sie das Recht anerkannt, und nur weil jenes einförmiger war, konnte dieses zu keiner Gliederung nach besondern Berufs- und Lebenskreisen gelangen. Wie das örtlich gemeine Recht eine Folge der einheitlichen Entwicklung war, die überall centralisiren und nivelliren mußte, so war das persönlich gemeine Recht die Folge von der Gleichheit der Lebensverhältnisse, die nothwendig auch zu einer Gleichheit des Rechts führte.[18]

Wir begreifen nun auch, wie verkehrt es ist, auf eine vollkommene Ausscheidung der Lehre von den Ständen aus den Systemen des Privatrechts zu dringen. Die Stände haben immer noch neben der politischen zugleich eine privatrechtliche Bedeutung, und deshalb müssen sie sowohl im Privatrecht als im Staatsrecht abgehandelt werden. Denn der Gesichtspunkt, unter welchem sie in beiden zur Sprache kommen, ist ein verschiedener. Im Staatsrecht wird die politische Seite erörtert: in wie weit die Verfassung durch sie bedingt ist, welchen Antheil sie daran haben, was für Rechte und Pflichten sie ihren Mitgliedern auflegen; im Privatrecht handelt es sich um ihren Einfluß auf das Güter- und Verkehrsrecht: wie dieses sich darnach besonders gestaltet, und der Inhalt des Rechts von ihnen ergriffen wird. Es läßt sich denken, daß die politische Bedeutung der Stände aufhört, die privatrechtliche aber fortdauert; ebenso wie es im Alterthum umgekehrt politische Stände gab, welche das Privatrecht mit einander gemein hatten. War es ja auch in Rom möglich, nur die privatrechtliche Seite des Bürgerrechts an Fremde zu verleihen: es gab Halbbürger, welche nur das Commercium oder nur das Commercium und Con-

nubium, nicht das ius honorum et suffragii hatten. Bei uns aber handelt es sich nicht bloß um den Antheil an der allgemeinen Rechtsfähigkeit, sondern vor Allem darum, welche Institute dem einen, welche dem andern Stand eigenthümlich sind, und wie ein und dasselbe Institut durch die verschiedenen Stände wieder eine verschiedene Gestalt empfängt, zum Beispiel das Grundeigenthum bei Ritter- und Bauergütern. Die Rechtsfähigkeit mag immerhin die gleiche sein, sie ist doch je nach den Ständen vielfach modificirt, und wenn auch nicht quantitativ, doch qualitativ verschieden. Das Recht trennt nicht die Stände, sondern diese trennen das Recht. Nur eine geringe Anzahl von unseren Rechtsinstituten kommen gleichmäßig bei allen Ständen vor, viele sind einzelnen eigenthümlich, oder wenn sie bei mehreren wiederkehren, wenigstens in ihrer Ausbildung abweichend. Die meisten erhalten erst durch das gesammte Recht des Standes, für welchen sie bestimmt sind, ihr volles Leben und Verständniß. Umgekehrt kann dies auch so ausgedrückt werden, daß bei keinem Stand alle Institute zugleich denkbar sind, weil die Geltung der einen die Geltung anderer ausschließt.

So lange wir noch Stände haben, und verschiedene Berufsstände werden fortdauern, so lange als unsere Cultur fortdauert, muß also im Privatrecht ihnen ein besonderer Abschnitt gewidmet werden. Denn obwohl die politische Entwicklung auf Abschaffung der frühern Vorrechte und Privilegien hindrängt, den privatrechtlichen Einfluß werden die Stände erst zu allerletzt verlieren. Eine strenge Ausscheidung des staatsrechtlichen Stoffes aus dem Privatrecht steht damit nicht in Widerspruch; man wird sie gerade dann erst mit voller Sicherheit durchführen können, wenn man zu deutlichem Bewußtsein von der doppelten Natur unserer Stände gelangt ist. Bleibt sie in manchen Fällen schwierig, so dürfen wir eben nicht vergessen, daß die Unterscheidung zwischen Staats- und Privatrecht bei uns überhaupt erst durch die Wissenschaft entstanden ist, während sie dem Recht selbst noch fehlte. Ja es giebt vermischte Rechtsgebiete, bei denen die politische und die privatrechtliche Seite fast untrennbar verbunden sind, wie bei den sogenannten nutzbaren

Regalen. Alle derartigen Gebilde des Mittelalters sind jedoch im Verschwinden begriffen, und in demselben Maß, in welchem der Staatsgedanke immer reiner den Individuen gegenüber tritt, wird sich auch das Privatrecht leichter von ihm ablösen. Erst die Ausbildung des modernen Staats hat jene Unterscheidung der Wissenschaft möglich gemacht; beide sind seit dem Ende des fünfzehnten Jahrhunderts Hand in Hand mit einander gegangen.

Auch in der Art und Weise, wie das römische Recht die juristischen Personen behandelt, verläugnet sich der Charakter der Gleichheit und Einförmigkeit nicht, welcher der römischen Entwicklung überhaupt eigen war. Denn so zahlreich später die Vereine und Gesellschaften werden mochten, eine eigentliche Gliederung des Volks nach Corporationen wie bei uns war nie vorhanden. Der Staat, die Municipien, die Priester- und Handwerkscollegien, Finanzgesellschaften, eine kleine Zahl geselliger Vereine, die pia corpora und später die hereditas iacens, das waren so ziemlich die Verbindungen oder Gütercomplexe, für welche das römische Recht den Begriff der juristischen Person aufstellte. Mit der Vermögensfähigkeit war ihre privatrechtliche Stellung hinlänglich bezeichnet, und durch den Satz „personae vice fungitur“ ein Princip gewonnen, welches den Inhalt ihres Privatrechts erschöpfte.

Ursprünglich war auch dem römischen Recht die Abstraction fremd, welche die natürlichen Träger der Gesammtheit übersieht und diese selbst zum Rechtssubject macht. Der Staat war noch nicht die Civitas oder der Fiscus, sondern der populus Romanus oder die res publica, die Sachen der Gens gehörten allen Gentilen zusammen, nicht einer davon unabhängigen juristischen Person u. s. f. Aber die rasche Entwicklung aller Verhältnisse und die abstracte Logik der Römer führte sehr bald dahin, daß das gemeinschaftliche Eigenthum der Genossen als Sondereigenthum der Verbindung, diese also als einfaches Rechtssubject aufgefaßt wurde. Die ganze Art und Anlage ihres Rechts mußte diese Auffassung begünstigen. Sobald man jede Befugniß unter den Gesichtspunkt einer unbeschränkten Herrschaft brachte, war es natürlich, von dem Begriff des gemeinschaftlichen Eigenthums abzugehen und es als

Sondereigenthum der Verbindung oder der juristischen Person zu behandeln. So erfolgte eine scharfe Formulirung des Rechts sehr schnell, ohne daß wir eine längere Uebergangszeit wahrnehmen; an der strengen Durchführung des Princips auf die verschiedensten Verhältnisse erkennen wir wieder die starre und unerbittliche Consequenz der Römer.

Das Sammtgut wurde also von dem Sondergut der Genossen vollständig ausgeschieden; Rechtsformen, wonach nicht blos die Verbindung, sondern daneben zugleich deren natürliche Träger am Vermögen der Universitas berechtigt gewesen wären, waren ihrer Logik unfaßbar. Wir dürfen hinzufügen, sie waren auch in den Bedürfnissen ihres Lebens nicht begründet, weil die reine Geldwirthschaft allerdings solchen Rechtsformen widerstrebt. Daher erklärt sich wie das römische Recht für eine Verbindung Mehrerer zu einem gemeinschaftlichen Zweck nur die beiden einander entgegengesetzten Formen hat: die Societas oder die reine Gesellschaft, wobei nur die natürlichen Personen als solche berechtigt und verpflichtet werden; und die Universitas oder wie wir jetzt dafür sagen die juristische Person, wobei ein neues Rechtssubject entsteht, das von ihren zufälligen Mitgliedern vollständig verschieden ist. Beide Formen sowie die damit verbundene scharfe Sonderung des Sammtguts vom Vermögen der Einzelnen folgen zugleich aus dem strengen Begriff des römischen Eigenthums; aber auch dieser war ja erst durch das römische Leben und die Verhältnisse mitbedingt. So natürlich hiernach die zwei Gegensätze sich darstellen, eine gewisse Dürftigkeit der Entwicklung liegt gleichwohl darin ausgesprochen, und es scheint beinah, als ob die Römer in ihrer Scheu, den Eigenthumsbegriff zu verlieren, über das Ziel hinausgeschossen wären. Denn wenn es bei uns vermöge unserer unendlich langsamern Entwicklung auch viel länger dauerte, um vom Begriff eines gemeinschaftlichen Eigenthums, das allen Theilhabern zusammen gehört, zur Abstraction eines Vereinsvermögens zu gelangen, das nur der Gesammtheit als juristischer Person zusteht, so gab und giebt es doch immer noch Verhältnisse, die zwischen den römischen

Extremen in der Mitte liegen und die darum auch Berücksichtigung vom Recht fordern.

Die geschichtliche Ausbildung der römischen Theorie erklärt sich zunächst mit aus der frühzeitigen Entwicklung des römischen Staats. Wohl war auch in Rom der populus Romanus eine Zeitlang nur die Verbindung der ansässigen Ackerbürger, eine wirkliche Landgemeinde, kein bloßer Begriff, der die Gemeinde als etwas von ihren Mitgliedern Verschiedenes gefaßt hätte. Ja in gewisser Hinsicht hat sich diese Identität im Alterthum sogar länger erhalten als bei uns, weil gerade wegen der schnellen Entwicklung der Staat den territorialen Charakter nicht so entschieden ausbildete als hier. Davon abgesehen ist aber der Gedanke des Staats im Alterthum viel früher erwacht als bei uns und deshalb konnte das römische Recht auch bald dazu gelangen, ihn als selbständiges den Bürgern gegenüberstehendes Rechtssubject zu nehmen. Der Uebergang von der ältern zur jüngern Anschauung muß etwa gleichzeitig mit der Umbildung der Verfassung erfolgt sein, als die Ansässigkeit aufhörte Erforderniß des Bürgerrechts zu sein. Dieser Uebergang wurde dann durch den strengen Privatrechtsbegriff wesentlich erleichtert. Wie man das Dominium des Bürgers als unabhängiges Herrschaftsgebiet des Einzelnen behandelte, so galt die res publica als solches der Civitas: ihr Vermögen war nun nicht res publica Aller, sondern Eigenthum des Staats wie ein anderes Dominium auch. Der Staat wurde selbst als Rechtssubject oder als Person gedacht, und eine andere Auffassung ließ der vollendete Eigenthumsbegriff nicht zu.

In derselben Weise wie der Staat sich rechtlich entwickelte, geschah dies mit den übrigen Verbindungen des Volks, vor Allem mit den Localgemeinden oder den Gliedern des Staats. So gingen in Rom die Tribus, die Municipien, die Priester- und Handwerkscollegien ebenfalls in juristische Personen über, während bei uns die Gemeinden und Vereine noch lange ihre ursprüngliche Natur bewahrten. Selbst mit der Familie verhielt es sich so, die wenn man will die älteste rechtliche Gemeinschaft ist. Sie dauerte in Rom als solche nur in der Form der Gens fort, weil die Fa-

milie im engern Sinn sich auf den kleinen Kreis der Sui zurückzog, der einer privatrechtlichen Gewalt unterworfen die Bedeutung einer Rechtsgemeinschaft verlor oder vielmehr gar nicht entwickelte. Denn die Familie mit ihrem Zubehör war gerade das nächste Object der privatrechtlichen Herrschaft, ohne daß man Anfangs das Dominium über Personen und Sachen bestimmt unterschieden hätte. Darum konnte sich kein Begriff der Familie bilden, die als Gesammtheit ihr Vermögen inne gehabt und benutzt hätte. Umgekehrt ist in Deutschland die Familie, wo sie als rechtliche Verbindung innerhalb des Staats fortdauert, gerade in dem Sinne geblieben, daß sie ihre Bedeutung als Gesammtheit behauptet und daher in der einen oder andern Form auch ihr Eigenthum als ein gemeinschaftliches bewahrt hat.

Aber noch von einer andern Seite her erklärt sich der rasche Uebergang zur Abstraction, die von Genossenschaft und Gesammteigenthum nichts mehr wissen will. So lange die Römer noch ihre Gemeinweiden und Gemeinwälder hatten (saltus, pascua, agri compascui), haben sie nicht daran gedacht, diese als Sondereigenthum juristischer Personen aufzufassen. Allein sobald der Handel und Geldverkehr aufkam, auf der einen Seite der Staatsgedanke, auf der andern das Privateigenthum durchgeführt war, und das Recht längst künstliche Rechtssubjecte aufgestellt hatte, verwandelten sich ihre Almenden von selber in Staats- oder Gemeindeeigenthum; es verschwindet bald jede Spur der naiven alten Auffassung, die bei der Thatsache des gemeinschaftlichen Besitzes und Gebrauchs stehen bleibt. Gerade umgekehrt war es bei uns. Wald, Weide und Haide blieben fast bis auf die neueste Zeit gemeine Mark, Sammtgut einer Genossenschaft, und je länger unser Volk auf der ältern Culturstufe verharrte, um so reiner erhielten sich die alten Formen der Bodenbenutzung, um so weniger war Grund zu einer begrifflichen Bestimmung wie in Rom vorhanden.

So blieb mit den alten Zuständen auch die rechtliche Form des Verhältnisses bei uns einfach die eines gemeinschaftlichen Eigenthums: alle Mitglieder der Verbindung nehmen Theil daran,

gleichviel ob in unbeschränkter Weise wie anfangs oder in fixirter wie später. Und so brauchen auch die Quellen einfach den Ausdruck Almende oder gemeine Mark zur Bezeichnung des Verhältnisses, das heißt was Allen gemein ist, ihnen zusammen gehört. Die Gemeinde verwandelte sich weder in ein künstliches Rechtssubject, welches den Berechtigten ihr Eigenthum entzogen hätte, noch in eine bloße Gesellschaft, die als solche keine Einheit mehr gewesen wäre. Die Summe der Theilrechte erschöpft den ganzen Inhalt des Eigenthums, es sind wahre Eigenthumsrechte, gleichartig, keine bloßen Befugnisse an fremder Sache, wie Servituten oder Reallasten. Daher reden wir jetzt auch von Gemeinheitstheilungen; wären es iura in re, so müßte nach Ablösung aller Rechte ein freies Eigenthum entstehen, während dasselbe eben vollständig aufgetheilt wird. Sowohl die Subjecte des Rechts, die Genossenschaft, wie die Objecte desselben, das Gesammteigenthum, standen in einer innern Verbindung: jene können ihre Rechte nicht frei und unabhängig von einander ausüben, dieses kann nicht in getrennte Theile zerfallen, woran selbständiges Eigenthum möglich wäre; das Eine wird durch die Natur des Objects, welche gemeinschaftlichen Besitz und Genuß verlangt, das Zweite durch die Verbindung der Berechtigten ausgeschlossen, die nur in der Gemeinschaft die natürliche Bestimmung des Objects realisirt. Die Begriffe bedingen sich also gegenseitig, obgleich es allerdings Genossenschaften ohne Eigenthum und Gesammteigenthum ohne Genossenschaft, wie z. B. in der Ehe, geben kann, wenn man die letztere nicht auch zu einer solchen machen will. Kurz die Gemeinde war nach dem bezeichnenden Ausdruck von Bluntschli zwar eine Universitas, aber eine solche, die nicht wie die römische von ihren Mitgliedern abstrahirt, sondern sie in der Gemeinschaft nur verbindet und als Einheit zusammenfaßt.[19] Und daß wir ohne in Widersprüche zu gerathen eine derartige Verbindung auch nach der Reception des römischen Rechts noch denken können, liegt einfach darin, daß wir weder das römische Privateigenthum, noch den römischen Staat, noch überhaupt die römische Cultur haben.

Indeß entstanden auch bei uns seit dem zwölften und drei-

zehnten Jahrhundert Gemeinden wesentlich anderer Art in den neu aufkommenden Städten, und diese haben sich ebenfalls zu Corporationen nach römischer Weise umgebildet. Es ist die jüngere Form unserer Gemeinde, die nicht mehr auf dem Grundeigenthum, sondern auf dem Handel und Gewerbe ruht. Hier trat ein innerer Fortschritt ein, wie ihn das Alterthum viel früher, fast bei Beginn seiner Geschichte durchlebt hat. Das Vermögen ward flüssiger, der Verkehr lebhafter, die Alleinherrschaft des Grundeigenthums hörte auf, der Gedanke einer politischen Verbindung erwachte, und damit ward die Gemeinde ein von ihren zeitigen Mitgliedern verschiedenes Rechtssubject: eine Persönlichkeit mit geschichtlicher Entwicklung, die auch die verschiedenen Generationen zu Einem Ganzen verbindet. Das Alles ging freilich nicht so schnell wie im Alterthum, wo der Staat gleich aus den Städten erwuchs, es mußten zuvor noch ganz andere Gedanken verarbeitet werden als sie die alte Welt kannte, mit den Städten kam aber auch bei uns der Staatsgedanke auf, wie er in den idealen Gebilden der Hierarchie und des Kaiserthums nicht hatte verwirklicht werden können, und erst von den Städten ist er auf die Territorien übergegangen. Sie waren die ersten politischen Gemeinwesen, die feste Gestalt und handgreifliches Dasein hatten, nicht bloß in Deutschland selber, sondern überall wo germanisches Wesen ein neues Leben erzeugte, in den Ländern romanischer und slavischer Zunge nicht minder wie im engern deutschen Reich.

Nach zwei Seiten mußten sie sich losringen von den alten Formen, die keinen Raum mehr für sie boten: nach Außen von der Herrschaft des geistlichen oder weltlichen Adels, im Innern von der Art ihres frühern beschränkten Gemeindelebens selber. Denn anfangs gab es natürlich auch für sie keine andere Form, als die alte auf dem Grund und Boden ruhende Gemeindeverfassung, gleichviel ob ihre Angehörigen frei oder unfrei waren. Dann folgte eine Periode vorübergehender Unterdrückung, während welcher sie zum Dominium ihrer geistlichen und weltlichen Herren gerechnet wurden, bis sie im zwölften und dreizehnten Jahrhundert ihren Herren als freie Gemeinden gegenübertraten und überall wenigstens

eine corporative Selbständigkeit errangen. Und wie ihr Eigenthum seit dem dreizehnten Jahrhundert nicht mehr als herrschaftliches angesprochen werden konnte, so veränderte sich gleichzeitig oder wenig später der Begriff der Gemeinde innerhalb der Städte selbst. Zuerst gehörten nur grundbesitzende Stände dazu, Ritter und Patricier, nicht anders als die schöffenbar Freien auf dem Lande. Sie regieren nicht bloß die Stadt, sondern sind die Stadt, wie gerade der Ausdruck Bürger in seiner ursprünglichen Bedeutung nur von ihnen gebraucht wird; sie haben daher auch allein Anspruch auf die Almende: diese ist ihr gemeinschaftliches Eigenthum wie die gemeine Mark das der berechtigten Markgenossen. Allein beides ward jetzt anders. Einmal kam hinter den Geschlechtern ein neuer Stand empor, Kaufleute und Handwerker, die es an Reichthum bald mit ihnen aufnahmen und in die herrschende Gemeinde eintraten; und sodann entstand neben der Almende ein neues städtisches Vermögen, das viel bedeutender wurde als jene, in demselben Maß, in welchem das Capitaleigenthum überhaupt in den Städten mehr und mehr das Grundeigenthum überwog. Die Almende trat zurück hinter den öffentlichen Bauten und Anstalten, den Festungswerken, Thoren, Brücken, Brunnen, den Zeughäusern, Waffen und Werkzeugen, ebenso wie hinter dem laufenden Haushalt, den Einnahmen und Ausgaben, Ausständen, Baarvorräthen und Schulden: wie beim Privateigenthum überstieg der Werth der Gebäude den des Grund und Bodens, das Kämmereivermögen den der gemeinen Mark. Da nun die Kaufleute und Handwerker zu den städtischen Lasten ebensoviel oder mehr beitrugen als die Geschlechter, so war es natürlich, daß sie am Eigenthum und Haushalt der Städte Theil nehmen wollten. Ohne Streit ging es nicht ab, und gerade über die Almende war er besonders lebhaft. Dabei ist es charakteristisch, daß das Wort Almende nicht mehr in dem beschränkten Sinn der ältern Zeit, sondern in einem weitern genommen wird, der das jüngere Gemeindegut mit begreift, für die neue Sache also zuerst noch der alte Ausdruck fortdauert. Wir wissen, welches der Ausgang des Kampfes war; der dritte Stand eroberte die Städte für sich. Seitdem war die Civitas nicht mehr eine Ge-

meinde grundbesitzender Geschlechter, sondern eine Corporation, zu der verschiedene Stände gehörten, und die nun ihren Mitgliedern ebenso gegenübertrat wie fremden Herren, keine bloß privatrechtliche, sondern eine politische Gemeinde, kein Inbegriff, sondern ein Begriff. Ihr Vermögen war nicht mehr Sammtgut der Bürger, sondern Eigenthum der Stadt, und wenn das Verhältniß nicht so abstract aufgefaßt wurde wie im römischen Recht, so zeigt die Geschichte des vierzehnten und fünfzehnten Jahrhunderts doch, daß man von dem Satz personae vice fungitur nicht mehr weit entfernt war. Dazu kam, daß in den Zünften gleich anfangs Corporationen im neuern Sinn entstanden, abgesehen von den vielen geistlichen Corporationen und Vereinen, die sich schon nach römischem Rechte als solche betrachteten.

So weit war man gekommen, als zu Anfang des sechszehnten Jahrhunderts die Reception des römischen Rechts erfolgte. Gewiß lag in der schärfern Formulirung desselben für die neuen Verhältnisse ein Fortschritt und eine Art Abschluß, indem sie das Ergebniß der Entwicklung zu präciser Fassung und zu klarem Bewußtsein brachte. Es war nun auch natürlich, daß man Nutzungsrechte der Bürger an städtischem Gut als Rechte an fremder Sache ansehen konnte, statt die Almende, wo eine solche noch bestand, wie früher als gemeinschaftlich zu betrachten. Denn es war zufällig, ob alle Bürger oder nur ein Theil derselben oder gar keine solche Nutzungsrechte hatten. Die Landstädte ausgenommen war die Almende überall entweder verschwunden oder in das neue Gemeindevermögen übergegangen.

Auf dem Land freilich dauerten die früheren Zustände fort, und hier hat das römische Recht oft große Verwirrung angerichtet. Denn das Grundeigenthum behielt hier seine alte Bedeutung, und so blieb auch zunächst der privatrechtliche Charakter der Gemeinde und ihrer Almende erhalten. Zwar ist später auch auf dem Lande Vieles anders geworden. Die Entwicklung, die in den Städten begonnen hatte, konnte nicht auf sie beschränkt bleiben, und was dort vom zwölften bis zum fünfzehnten Jahrhundert vollendet ward, hat sich seitdem auf dem Lande zum Theil wiederholt. Auch

hier ist es nicht mehr Ein Stand, der die Dorfschaft bildet, zu den Bauern kommen meist Krämer, Handwerker oder Tagelöhner, und diese tragen ebenfalls zu den Gemeindelasten bei, so daß neben der engern noch eine weitere Gemeinde entstanden ist. Und sobald der moderne Staat sich ausbildete, konnte er die Landgemeinden nicht mehr in ihrer isolirten und beschränkten Stellung als vorzugsweis privatrechtliche Gemeinden bestehen lassen; wie er selbst einen öffentlichen Charakter annahm, theilte er ihn auch seinen Gliedern mit, und das waren die Dorfverbände und Bauerschaften so gut als die Städte. Allein das Land ist bis auf den heutigen Tag vorwiegend ein ackerbauendes geblieben, während die Städte naturgemäß Sitze des Handels und der Gewerbe sind, so daß der alte Gegensatz, auch wenn er seine Spitze verloren hat, in wirthschaftlicher Hinsicht immer noch fortdauert. Was in den Städten Ausnahme war, daß sich die Almende als wesentlicher Bestandtheil des Gemeindeguts erhielt, blieb auf dem Land umgekehrt die Regel, weil nach dem frühern System des Ackerbaus eine Almende oder ein sogenannter Gemeindenutzen unentbehrlich war. Erst die Gemeinheitstheilungen der neuesten Zeit haben ihr auch hier ein Ende gemacht, obgleich gewisse Nutzungsrechte der frühern Realberechtigten, wie zum Beispiel an Gemeindewäldern wo solche vorkommen, voraussichtlich stets fortdauern werden. In jedem Fall hat die Reception des römischen Rechts, wenn nicht wie in der Schweiz die engere privatrechtliche Gemeinde innerhalb der politischen erhalten wurde, hier viel Unheil angerichtet, indem es das alte Gemeindegut einfach der Corporation zusprach. Das gute Recht der Realgemeinde wurde verletzt, und zwar vom Recht selbst, was allemal besonders bitter und schmerzlich empfunden wird.

Indeß könnte man glauben, daß mit dem nahe bevorstehenden Untergang dieser Verhältnisse die Sache erledigt sei, und wenigstens für die Zukunft einer allgemeinen Anwendung des römischen Rechts nichts mehr im Wege stehe. Allein das wäre ein gefährlicher Irrthum. Denn die beiden Formen, die wir im Laufe der Geschichte für unser Verbindungsleben entwickelt haben, bleiben je nach der Natur der Verhältnisse, um die es sich handelt, auch für

die Zukunft praktisch: eine ältere, die aus den ursprünglichen Bedürfnissen und Anschauungen unseres Volks hervorgegangen ist; und eine jüngere, welche den später aufgekommenen Städten ihren Ursprung verdankt: die Landgemeinde oder wie wir jetzt allgemeiner sagen die Genossenschaft, und die Stadtgemeinde oder die juristische Person. Beide sind nur die Vorbilder für eine Reihe weiterer Verbindungen, die sich je nach ihrem Zweck und Bedürfniß bald nach der einen, bald nach der andern gestaltet haben und bis auf die Gegenwart ihre Bedeutung erstrecken. Wie wir verschiedene Productionszweige und Berufsstände neben einander haben, deren Ausbildung nicht gleichzeitig Statt gefunden hat, so dauern auch verschiedene Formen des rechtlichen Lebens neben einander fort, die zugleich der ältern und der jüngern Periode unserer Cultur angehören.

So ist denn auch das der Landgemeinde zu Grund liegende Princip bis auf die Gegenwart fruchtbar geblieben: eine Einheit, welche von ihren Gliedern nicht absieht, sondern sie verbindet; und ein Vermögen, welches in Theilrechte zerlegt den zur Einheit verbundenen Gliedern gehört. Nach dieser Form haben sich nicht bloß im Mittelalter eine zahllose Reihe von Genossenschaften gebildet, wie die Deichverbände, die Gewerk- und Pfännerschaften, die Ganerbschaften zum Besitz und Genuß beliebiger Rechte; auch in unserer Zeit wirkt der Gedanke fort und schafft für die Bedürfnisse unseres gesteigerten Handels- und Gewerbslebens fortwährend neu, indem die Form selbst, ohne ihren Grundcharakter zu verlieren, sich unsern flüchtigern und beweglichern Verhältnissen anbequemt hat. Es ist namentlich ein Institut, welches zu größter Bedeutung gelangt ist und wieder in den mannigfachsten Arten und Formen erscheint: die Actiengesellschaft. So modern dieselbe aussieht, sie ist doch nicht erst von der Gegenwart erfunden, sondern ihre Wurzeln reichen bis in das Mittelalter und weiter zurück. Schon Justus Möser[20] hat den Zusammenhang zwischen ihr und der ältesten deutschen Gemeinde erkannt, indem er diese umgekehrt als Actiengesellschaft faßt. Denn wie die letztere erst durch die successive volle Entfaltung der drei productiven Factoren Natur, Arbeit

und Capital möglich geworden und Eines der vielen Institute ist, welche zwischen dem Boden oder der Arbeit auf der einen und dem Capital auf der andern Seite vermitteln und sie verbinden, so ist auch die ihr entsprechende Rechtsform nicht etwa heute oder gestern willkürlich ersonnen, sondern mit unserm Rechtsleben auf das Tiefste verwachsen. Sie hat ihr Vorbild in den Gewerk- und Pfännerschaften, wie diese in der uns eigenthümlichen Art und Weise gemeinschaftlicher Bodenbenutzung.[21]

Es ist die Rechtsform, welche zwischen der Universitas und der Societas in der Mitte liegt und so wenig reine Gesellschaft oder reine Corporation ist als die Landgemeinde. Alle Versuche, sie unter das eine oder andere römische Institut zu bringen, sind deshalb vergeblich. Sie passen beide nicht, weil das römische Leben solche Verbindungen überhaupt nicht kannte und deshalb auch keine entsprechende Rechtsform dafür aufstellt. Es ist gewiß wie Beseler bemerkt sehr bezeichnend, daß alle hierher gehörigen Institute des deutschen Rechts bald unter den Begriff der Universitas, bald unter den der Societas gebracht werden. So gerade die Actiengesellschaft, die alten Gauerbschaften, die Nutzungsrechte an der Almende; ja Hasse hat sogar die Ehe zur juristischen Person gemacht.[22] Wir glauben es gern, daß sich mit einiger Gewalt unsere Institute in römische Formen einzwängen lassen, nur dürfte es nicht die Aufgabe einer praktischen Wissenschaft sein, die erst dem Leben, und dann der Kunst dienen soll. Wenn ein römischer Jurist unser heutiges Recht sähe, so würde er dasselbe gewiß ebenso wie das griechische ein ius inconditum ac paene ridiculum nennen, aber nicht weil es ihm etwa an der juristischen Form fehlt, sondern weil es darüber oft seinen nächsten Zweck ganz aus dem Auge verliert. Er würde sich überhaupt nicht in die materielle Uebertragung des römischen Rechts auf unsere Zustände finden, sondern eine solche einfach für ein Ding der Unmöglichkeit erklären

Die Gegensätze also, die das römische Recht nicht zu überwinden vermochte, sind für uns in keiner Weise mehr bindend. Unsere entwickeltern und künstlichern Verhältnisse erfordern auch künstlichere Rechtsinstitute, und diese im Einklang mit den erstern

juristisch zu begründen, das ist die nächste Aufgabe wissenschaftlicher Construction. Fällt mit unserm Eigenthumsbegriff der absolute Gegensatz von Societas und Universitas, so ist damit auch eine neue, eigenthümlich deutsche Rechtsform gewonnen, denn die römische Societas und die römische Universitas lassen allerdings keine Vermittlung zu. Dies wird im Grunde selbst von Denen anerkannt, die unsere Genossenschaft auf römische Formen zurückführen, weil sie alsbald „Modificationen" aufzählen, die denselben widerstreiten. Wir könnten die Sache bequemer und kürzer haben. Statt uns mit fremden Instituten zu quälen, deren Inhalt nie vollständig unsere Verhältnisse decken wird, brauchen wir nur die eigenen beizubehalten. Und neue Bildungen des Lebens sollten wir einfach auch als neue Institute des Rechts anerkennen. Es wird damit in der Regel zugleich ein fruchtbringendes Princip festgehalten, das für die Zukunft zu weitern Bildungen benutzt werden kann. So läßt sich gar nicht absehen, warum nicht gerade die Genossenschaft im Sinn einer privatrechtlichen Gemeinde das einfache Mittel bleiben soll, um der wachsenden Gemeinschaft auf allen Gebieten unseres Lebens rechtlichen Ausdruck zu verschaffen. Ist es nicht unnatürlich, bei rein privatrechtlichen Vereinen, wie sie tagtäglich neu entstehen, das Auftreten vor Gericht an die Verleihung von Corporationsrechten zu knüpfen, und Gläubigern gegenüber, die mit der Gesammtheit contrahirt haben, jedes einzelne Mitglied zu verpflichten? — Als Muster, wie beide Formen der Gemeinde neben einander einen rechtlichen Ausdruck finden können, verdient das neue Zürcher Gesetzbuch genannt zu werden, das in der scharfen Trennung derselben, in der bestimmten Anerkennung der Genossenschaft und selbst in der präcisen Fassung, die es ihr giebt, einem entschiedenen Fortschritt Bahn gebrochen hat.[23]

Es ist an sich unendlich gleichgültig, ob Institute wie Genossenschaft und Gesammteigenthum unsern Juristen unconstruirbar bleiben. Denn über die Zeiten des sechszehnten Jahrhunderts, wo nur das Geltung hatte was schwarz auf weiß im Corpus Juris stand, sind wir ein- für allemal hinaus, und es ist kaum zu besorgen, daß die Jurisprudenz jemals einen solchen Einfluß auf

unsere Cultur und Sitte wieder gewinnen werde. Die Institute können verkannt, geläugnet, für unmöglich erklärt werden, sie hören darum noch nicht auf zu bestehen, weil sie nicht bloß im Recht, sondern auch in unsern Zuständen und Anschauungen wurzeln. Nur daß allerdings das unbefangene Verständniß derselben darunter wesentlich leidet. Die Sache hat aber noch eine andere Seite, und diese liegt tiefer, als sich die bloße Logik der Juristen träumen läßt. Ehe, Genossenschaft und Gesammteigenthum sind Institute, die in ihrem vollsten Sinn erst die christliche Cultur ausbilden konnte, und die auch im deutschen Alterthum nur vorbildlich, im Keim und in der Anlage, vorhanden waren. Denn erst das Christenthum hat den Eigennutz mit dem Gemeinwohl versöhnt und im Recht wie in der Wirthschaft den Vortheil des Einzelnen mit dem des Ganzen zu verbinden gewußt. Ein Volk, das keinen höhern Gedanken als den des Rechts gehabt hat, war schon aus diesem Grund unfähig, den Rechtsgedanken selbst in höherer, gemeinsinniger Weise zu fassen. Darum haben unsere Institute auch ihre sittliche Bedeutung. Ihr innerstes Wesen geht eben darauf aus, den eignen Nutzen wieder gemeinnützig zu machen; es sollen nicht die Einzelnen als solche, und nicht die Gemeinschaft als solche, sondern beide zugleich berücksichtigt werden, jene sich als Glieder des Ganzen fühlen, dieses zum Vortheil aller seiner Glieder gereichen. Und insofern ist es ein Unrecht gegen unsere sittlichen Begriffe, derartige Institute zu läugnen, nur weil sie den Römern fremd waren. Wir mögen bereitwillig die Vorzüge des fremden Rechts anerkennen, aber wir sollen darüber nicht unser eignes Erbe aus den Augen verlieren. Kam der Römer auch in seinem Recht nicht über Institute hinaus, die den Eigennutz physischer oder juristischer Personen zum Zweck haben, so dürfen wir uns Glück wünschen, daß uns noch andere Formen geläufig sind, in denen soweit es dem Recht überhaupt möglich ist zugleich der Gedanke der Gütergemeinschaft verwirklicht wird. Denn je mehr unsere Vereine den augenblicklichen Vortheil ihrer Mitglieder in ein bleibendes Interesse verwandeln, desto größern Gewinn bringen sie dem ganzen Volk. Im Grunde haben die Römer weder Ge=

nossenschaften noch Corporationen gekannt, denn ihre Universitas ist keine Verbindung mehr, sondern kehrt wieder zum Begriff der einfachen Person oder des individuellen Rechtssubjects zurück: selbst bei ihren Verbindungen bleiben sie, sowohl in der Form der Societas wie in der der Universitas, bei dem Begriff des subjectiven Rechts stehen.

Wir sehen, wie die Grundzüge, die wir oben für das römische Recht im Allgemeinen nachgewiesen haben, auch im Personenrecht wiederkehren. Sie führen theils allerdings auf die größere formelle Ausbildung des Rechts zurück, aber sie hängen daneben zugleich unmittelbar mit der geringern nationalen Cultur zusammen. Seine größere Einheit und Gleichförmigkeit ward mit der Fortdauer der Knechtschaft und dem Mangel der Standesunterschiede, die rasche Entwicklung aller Verhältnisse mit der unvollkommenen Ausbildung genügender Formen für ein nationales Vereinsleben erkauft. Wohl gab es ein gemeines Jus civile und eine allgemeine Rechtsfähigkeit, daneben aber absolut rechtsunfähige Personen und keine Gliederung nach Berufsständen. Wohl wurde der Staat und jede andere Universitas den Privatpersonen frühzeitig als selbständiges Rechtssubject an die Seite gesetzt, aber die ältere Form der Gemeinde wurde nur übersprungen, nicht innerlich entwickelt und neben der jüngern zu neuen Bildungen benutzt.

Dagegen zeigt unser deutsches Recht trotz seiner mangelhaften äußern Ausbildung eine wesentlich höhere Culturstufe. Gewiß war die Stellung unserer Leibeignen anfangs die nämliche wie im alten Rom, aber gegen die Sclaverei der Kaiserzeit ist die Leibeigenschaft schon ein gewaltiger Fortschritt, weil sie den Unfreien ebenso die Rechtsfähigkeit nach Hofrecht gewährte, als sie der Freie nach Volksrecht hatte. Und mit der Zeit wurde die Leibeigenschaft nicht wie in Rom härter und drückender, sondern sie wurde gemildert und überwunden. Denn die Entwicklung ging gerade von einem unfreien Stand aus, dem geknechteten Handwerk und Gewerbe. So bildete sich mit dem Aufkommen desselben zugleich ein neuer Berufsstand, der für seine Verhältnisse auch ein neues Recht erzeugte, während in Rom wie im Alterthum überhaupt Bürger und

Bauern zusammen fielen. Auf dieser Sonderung der nationalen Berufszweige beruht gerade unsere höhere Cultur, denn die Volkswirthschaft setzt zu ihrer Blüthe nicht bloß den einen oder andern, sondern alle Productionszweige, und eine gesunde Wechselwirkung derselben, insbesondere des Ackerbaus und der Gewerbe voraus. Endlich hat unser Volk einen solchen Reichthum an Gemeinden, Corporationen und Genossenschaften entfaltet wie kein zweites. Konnte es ihnen im ältern Recht auch nicht den abstracten Ausdruck geben wie das römische, so hatten wir eine rechtliche Form für unser Verbindungsleben doch so gut wie die Römer. Ihrer spätern Ausbildung, wie sie vorgeschrittene Zeiten fordern, kam allerdings die Reception des römischen Rechts sehr zu Hülfe; mehr als die präcise Fassung aber konnten wir ihm nicht entlehnen, und selbst diese ist nicht im Stande, uns überall zu genügen, weil sie vielfach wieder zu abstract und einseitig erscheint, und gerade die ältere Form für gewisse Verhältnisse neben der jüngern noch heute fortdauert. Wir denken nicht daran, das römische Recht für das verantwortlich zu machen, was dem römischen Leben fehlte. Aber eine Kurzsichtigkeit ist es doch, weil die Römer zwischen Roth und Blau kein Violett gehabt haben, uns zuzumuthen, daß wir ebenfalls nur Roth oder Blau sehen sollen.

Daß wir nicht bei den Formen des Mittelalters stehen bleiben können, sieht Jeder ein. Indeß haben sich diese vielfach in der Stille bereits fortentwickelt und neue fruchtbare Gebilde erzeugt, wie eben das Beispiel der Actiengesellschaft beweist. Noch weniger können wir zu den Formen des Alterthums zurückkehren, die so wie sie sind nur einmal und nicht wieder dem Leben vollständig entsprochen haben. Unsere Aufgabe kann also unmöglich die sein, über die Vorzüge des älteren römischen oder des älteren deutschen Rechts zu streiten und die Anwendbarkeit des einen oder des andern zu behaupten, weil beide Kinder ihrer Zeit waren und beide für die Gegenwart als unzulänglich sich erweisen. Wohl aber haben wir unter Wiederanknüpfung des Rechts an unsere ältern Institute, wie ja unsere gesammte Cultur nur eine Steigerung der mittelalterlichen ist, dasselbe so zu gestalten, wie es das heutige Leben

fordert. Und dazu kann uns allerdings das römische Recht mit seiner technischen Vollendung die besten Dienste leisten, sobald wir einmal aufgehört haben, es in roher mechanischer Weise anzuwenden. Denn in seiner formellen, begrifflichen Ausbildung, und nur hierin, steht es wesentlich höher als das deutsche.

Zweites Capitel.

Sachenrecht.

Den Personen stehen als Rechtsobjecte die Sachen gegenüber, ein allgemeiner Begriff, welcher gleich dem der Person erst seit der Reception des römischen Rechts bei uns gebräuchlich geworden ist. Dem römischen Recht selbst war er in solcher Ausdehnung noch unbekannt. Wo es von Sachen spricht, hat es zunächst körperliche vor Augen. Diese läßt es allein als Eigenthumsobjecte gelten, während es die unkörperlichen ihnen als bloße Rechte gegenüberstellt.

Die römische Eintheilung der Sachen in körperliche und unkörperliche ist also näher besehen eine Eintheilung der Rechte, nicht der Rechtsobjecte, deren Verschiedenheit auf den Begriff der Rechte von keinem Einfluß sein sollte. Die durchgreifende Sonderung von Rechten und Rechtsobjecten, wie sie die moderne Theorie verlangt, erscheint im römischen Rechte noch unentwickelt.

Unter den körperlichen Sachen versteht es die Eigenthumsobjecte, wobei das Recht seinen Gegenstand vollständig ergreift; bei den unkörperlichen denkt es an andere Rechte, und zwar blos an die Rechte selber, ohne ihnen die Sachen, worauf sie sich beziehen, als besondere Objecte zu Grunde zu legen. Das führt consequent zu einer Verwechslung von Inhalt und Gegenstand der Rechte, eine Verwechslung, die bei dem römischen Eigenthum allerdings gleichgültig ist, weil es alle denkbaren Befugnisse an einer Sache enthält, bei den übrigen Rechten aber, wie z. B. dem Erbrecht, den Servituten und Obligationen ihr Bedenkliches hat.

Wenigstens müßte man hier wieder zwischen einem nähern und entferntern Object unterscheiden, was jedenfalls minder bequem und logisch ist, als Inhalt und Gegenstand der Rechte zu trennen. So erklärt sich, wie Gajus bei den körperlichen Sachen Arten der Sachen, bei den unkörperlichen Arten der Rechte als Beispiele aufzählt, so daß scheinbar die Eintheilung aus disparaten Gliedern besteht.[24] Im Sinne der Römer, denen das Eigenthum kein bloßes Recht und die Rechte keine Sachen waren, läßt sich dagegen nichts einwenden.

Wir nehmen die Sachen in einem weitern Sinn, gleichbedeutend mit Rechtsobjecten, und verstehen alle wirthschaftlichen Güter darunter, so weit sie Gegenstand des Eigenthums und Verkehrs zu sein pflegen. Die unkörperlichen, Verhältnisse zu Sachen oder Personen, kommen nicht blos als Rechte in Betracht, die körperlichen nicht blos als Eigenthumsobjecte. Auch hier sind wir in gewisser Hinsicht abstracter als die Römer geworden, weil wir unter Umständen auch an unkörperlichen Dingen Eigenthum annehmen, daher für unser complicirteres Rechtssystem der doppelten Eintheilung von Rechten und Rechtsobjecten, und zur Bezeichnung der letztern eines allgemeinen Begriffs bedürfen. Vom ökonomischen Standpunkt aus verschwindet der Unterschied zwischen Rechten und Rechtsobjecten völlig. Kein Recht ist denkbar ohne Gegenstand, worauf es sich bezieht, kein Gegenstand hat Werth für uns, wenn nicht ein Recht daran besteht, wodurch er mit unserm Vermögen in Verbindung gebracht wird.

Zu den wirthschaftlichen Gütern, welche Gegenstand des Vermögens und des Privatrechts sind, gehören nun einmal die körperlichen oder unkörperlichen Sachen, woran wir Eigenthum oder andere dingliche Rechte haben, und sodann Handlungen oder Leistungen anderer Personen, soweit sie einen Sachwerth enthalten. Diese bilden ebensogut einen Bestandtheil des Vermögens wie die Sachen selbst, die bereits unserer Herrschaft unterworfen sind, und es ist deshalb vollkommen richtig, sie als Rechte auf eine Sache oder einen Sachwerth (ad rem) denen an einer solchen (in re) zur Seite zu stellen.

Auf dem doppelten Unterschied der Rechte und Rechtsobjecte ruht die Mannigfaltigkeit des Rechtssystems und die Möglichkeit verschiedener Systeme. Kein Recht kann für jede Art von Sachen besondere Regeln aufstellen oder die natürliche Ungleichheit der Sachen ganz unbeachtet lassen. Im ersten Fall käme es nicht zum Begriff verschiedener Rechte, im zweiten würde die verschiedene Natur und Bestimmung der Sachen unberücksichtigt bleiben. Doch ist eine zwiefache Möglichkeit denkbar. Es kann entweder von der Verschiedenheit der Sachen ausgehen und ihr die Eintheilung der Rechte unterordnen, oder es beginnt gleich mit einer Verschiedenheit der Rechte und berücksichtigt die der Sachen erst in zweiter Linie. Jenes ist im Allgemeinen der Standpunkt des deutschen, dieses der Standpunkt des römischen Rechts. An sich sind beide gleich zulässig, ja es kann dabei trotz der principiellen Gegensätze ein ziemlich ähnliches Resultat herauskommen.

Sehen wir auf die ersten Anfänge des Rechts, so wird jedes Volk den Unterschied der Sachen zum Ausgangspunkt nehmen. Sie sind das Gegebene, sinnlich Wahrnehmbare, die Rechte erst das Abgeleitete, Begriffliche. Um zum Begriff der Rechte zu gelangen, bedarf es einer doppelten Abstraction, nicht blos von den Sachindividuen, um zu Art- oder Gattungsbegriffen der Sachen, sondern auch von den einzelnen Befugnissen, um zu einer Eintheilung der Rechte zu gelangen. Auch das römische Recht hat nicht mit einer Classification der Rechte begonnen, sondern ist von einer Art der Sachen ausgegangen, den körperlichen, ebenso wie das deutsche von den Immobilien oder dem Grundbesitz. Nur liegen die Anfänge des römischen Rechts jenseit der Geschichte, so daß wir die erste Entstehung des merkwürdigen Unterschieds dinglicher und persönlicher Rechte nicht genauer verfolgen können.

Es handelt sich jedoch hier nicht um die geschichtliche Entwicklung, sondern um das ausgebildete System, und in diesem erscheint allerdings die factische Ungleichheit der Objecte den Rechtsbegriffen in viel höherem Grade untergeordnet als bei uns. Der fertigen Abstraction sind die verschiedenen Arten der Sachen von keinem wesentlichen Einfluß auf den Inhalt der Rechte, sie gehen

im Begriff derselben unter und sind für diesen scheinbar gleichgültig. Das deutsche Recht dagegen hat die factische Ungleichheit der Objecte so wenig überwunden, daß es umgekehrt vor der Einführung des fremden Rechts kaum zu scharfen und festbestimmten Rechtsbegriffen kam. Es hielt an dem Gegensatz von Mobilien und Immobilien fest, von welchem es ausgegangen war, und machte ihn seinen Bedürfnissen gemäß auch zum obersten Eintheilungsgrund der Rechte. An unkörperlichen Sachen statuirte man unter Umständen das gleiche Recht wie an Grundstücken, das heißt man nahm auch an Rechten Eigenthum an, wenn sie mit Grundstücken zusammenhingen, an körperlichen aber nicht, wenn es sich nur um Mobilien handelte, mit andern Worten das Eigenthum war hier ein anderes und wurde gar nicht als solches bezeichnet.

Diesen Gegensatz ließ nun gerade das römische Recht fallen, und wir haben zu zeigen versucht, wie dies nicht blos in nationalen Ansichten, sondern zugleich in den Zuständen und Verhältnissen des Volks seine Erklärung fand. Es ging von dem Eigenthum an körperlichen Sachen aus und faßte dasselbe dafür um so strenger. Blieb das Eigenthum auf körperliche Sachen beschränkt, so konnte allerdings, und nur dann, der Gedanke einer absoluten Gewalt, der die Grundlage des römischen Privatrechts bildet, in seiner vollen Schärfe verwirklicht werden. Auch als später eine Zeit kam, in welcher nicht mehr Grundstücke, Sclaven und Vieh den einzigen Besitz ausmachten, hielt man an dem Sacheigenthum fest. Rechte, auf die wie bei uns der Begriff der Gewere hätte ausgedehnt werden können, blieben dem römischen Leben fremd oder galten als Attribute der Staatsgewalt. Nach römischem Sprachgebrauch ist es daher ebenso unzulässig von einem Rechtseigenthum wie von einem Eigenthumsrecht zu reden. Eben weil das Eigenthum kein bloßes Recht mehr ist oder wenigstens nicht ein gewöhnliches Recht wie alle übrigen. Selbst die klassische Jurisprudenz vermochte nicht, diese Schranke zu durchbrechen und an bloßen Verhältnissen ein dem Eigenthum analoges Recht anzunehmen. So wurden die unkörperlichen Sachen, an denen kein Eigenthum möglich war, als reine Rechte angesehen und damit aus dem Bereich der Sachen

ausgestoßen. Sie hörten auf, Rechtsobjecte zu sein oder sich auf solche zu beziehen, und standen den körperlichen Sachen nur als etwas Gedachtes gegenüber. Andere Objecte als körperliche gab es überhaupt nicht, als Objecte indeß galten sie, von den Servituten abgesehen, allein beim Eigenthum.

Je enger und intensiver aber der Begriff des Eigenthums gefaßt wurde, um so schärfer mußte der Unterschied zwischen dinglichen und persönlichen Rechten hervortreten. War nur an körperlichen Sachen Eigenthum möglich und an ihnen unmittelbar nur Eigenthum, so fielen Forderungsrechte von selbst unter einen andern Begriff. Ihr Object war nicht die Sache oder der Sachwerth, worauf die Obligation ging, sondern ein dare, facere, praestare, das Geben, Thun oder Leisten selbst; die paar dinglichen Rechte, welche neben dem Eigenthum möglich waren, und in der ältern Zeit waren es nur die Realservituten, kamen nicht in Betracht. Wie auch dies nicht blos mit nationalen Rechtsansichten, sondern wesentlich mit der frühzeitigen Entwicklung des Handels und Verkehrs zusammenhing, haben wir gleichfalls schon berührt. Der Ackerbau auf der einen, der Handel auf der andern Seite mußten in ähnlicher Weise wie später bei uns verschiedene Rechtsverhältnisse erzeugen, nur daß sie wegen der raschern Entwicklung fast gleichzeitig neben einander entstanden. Was bei uns nahezu tausend Jahre auseinander lag, denn so lange dauerte es etwa, bis der Handel zu einiger Bedeutung bei uns gelangte, drängte sich im Alterthum in eine einzige, überaus frühe Periode zusammen. So konnten die Römer sehr bald zu einer Eintheilung der Rechte übergehen und damit zu einem eigentlichen System derselben gelangen. Vom Begriff der Sachen schritt man fort zu dem der Rechte und ließ nun mit vollkommenem Grund die verschiedenen Arten der erstern als gleichgültig außer Acht. Der fundamentale Gegensatz war nicht mehr Immobilien und Mobilien, sondern Eigenthum und Forderung.

Der Unterschied zwischen Eigenthum und Obligation ist zwar weder ein erschöpfender, noch ein rein gegensätzlicher. Es giebt daneben andere Rechte, die zunächst in keine der beiden Kategorien

fallen, und ebensowenig ist der Unterschied so unbedingt ausschließlich und unmittelbar, wie ihn das römische Recht faßt. Allein es war mit ihm doch ein Princip gewonnen, nach welchem sich auch die übrigen Rechte abtheilen ließen, und für die erste Begründung des Rechtssystems war nicht die höhere Einheit, sondern der Gegensatz von dinglichen und obligatorischen Rechten maßgebend. Wie dem Recht an einer Sache eine actio in rem, die gegen Jeden statthaft war, welcher das Recht verletzte, der Obligation eine actio in personam entsprach, die nur gegen den bestimmten Schuldner ging, so konnte man schließlich alle Rechte in solche mit einer dinglichen und in solche mit einer persönlichen Klage eintheilen. Wirklich haben die Römer so unterschieden und dadurch ihr System zum äußern Abschluß gebracht. Die Erbschaftsklage (hereditatis petitio), die Pfandklage (hypothecaria), die Confessoria und Negatoria für oder wider eine Servitutberechtigung gehören zu den dinglichen im weitern Sinne, die actio tutelae, rei uxoriae, ad exhibendum und andere zu den persönlichen. Es ist daher von diesem Standpunkt aus auch zulässig die Rechte selbst als dingliche und persönliche im weitern Sinn aufzufassen, sobald man nur festhält, daß es sich dabei nicht blos um Sachen oder Forderungsrechte handelt.[25] In jedem Fall ist der Unterschied zwischen dinglichen und persönlichen Rechten im Wesen des Privatrechts nothwendig begründet. Ihn zuerst erkannt und festgestellt zu haben, wird immer ein Verdienst der Römer bleiben, selbst dann, wenn wir über manche Schranken, die er enthält, wieder hinausgegangen sind.

Auch im römischen Recht ward indeß der Gegensatz nicht immer so ausschließlich und unbedingt genommen, wie wir vorauszusetzen pflegen; in seiner jüngsten ausgebildeten Gestalt, wie er uns vorliegt, ist er erst das Werk der klassischen Jurisprudenz. Und selbst hier läuft neben dem technischen noch ein anderer Sprachgebrauch her, der die Ausdrücke Dominium und Obligatio in einer weiteren Bedeutung nimmt, so daß der absolute Gegensatz von Eigenthum und Forderung wesentlich gemildert wird.

Dem gewöhnlichen Wortsinn nach bedeutet Dominium ursprüng-

lich jede privatrechtliche Herrschaft, sowohl über Personen wie über Sachen, und dieser dauert auch später neben dem engern fort, in welchem es regelmäßig nur das Eigenthum bezeichnet. Die Gewalt über Personen wurde allerdings früh als Potestas davon unterschieden, und wenn es sich nicht um Sclaven handelte, dem Eigenthum gegenüber gestellt. Allein von den dinglichen Rechten fallen der Nießbrauch, die Superficies und Emphyteuse auch den Juristen noch unter den Begriff des Dominium, so gut wie das eigentliche rerum dominium oder das Sacheigenthum: dominus usus fructus und proprietatis stehen in vielen Stellen dicht bei einander, ja in einer wird der Nießbrauch geradezu ein Theil des Eigenthums genannt.[26] Damit mag es zusammenhängen, daß man für den Nießbrauch anfangs zugleich den Begriff eines wirklichen Besitzes anwandte und erst nach Cicero's Zeit den genauern eines bloßen Rechtsbesitzes aufstellte. Ebenso häufig finden sich die Ausdrücke dominus hereditatis und dominus litis. Denken wir bei dem letztern an die durch die Litiscontestation entstehende Obligation, so hätte man ebenso gut dominus obligationis sagen können, indessen war kein Grund dazu vorhanden, weil der Ausdruck Creditor, Gläubiger, genauer und bequemer war. Das aber ist unläugbar, man konnte einen weitern Ausdruck, der die Vermögensrechte außer dem Eigenthum mit begriff, nicht entbehren, nur daß er wegen seiner Allgemeinheit keine Ausbildung im Recht fand und daher auch keine bestimmte rechtliche Bedeutung hatte: etwa ebenso wie wir heut zu Tage im gewöhnlichen Leben das Wort Eigenthum gleichbedeutend mit Vermögensrecht brauchen. Doch liegt uns der Gedanke dabei nahe, daß Obligationen in der That zum Eigenthum gehören, während die Römer nicht von der Verwandtschaft, sondern von der Verschiedenheit beider Rechte ausgehen.

Auch das Wort Obligatio hat den Römern nicht immer den beschränkten Sinn, in dem wir es zu nehmen gewohnt sind. Denn wie Dominium dingliche und persönliche Rechte bezeichnen kann, so wird Obligatio nicht bloß für rein persönliche Verhältnisse gebraucht. Ursprünglich bedeutete es überhaupt so wenig etwas

bestimmt Juristisches wie unsere deutschen Ausdrücke Gewere oder Geding. Gewiß gab man Jahrhunderte lang eine Klage auf dare oportere in den Formen des Sacraments- und Condictionenverfahrens, ehe der Rechtsgrund der Forderung abstract als Obligation gedacht wurde. Waren ja die ältesten Verpflichtungsformen nur den Actionsformen nachgebildet, in denen Herkommen und Gesetz die gerichtliche Verfolgung eines Anspruchs zuließen. Auch als sich später ein bestimmter Begriff der Obligation bildete, blieb die juristische Ausdrucksweise nicht dabei stehen. So wird namentlich das Pfandrecht fast technisch eine obligatio rei genannt, und doch erscheint es daneben unzweifelhaft als dingliches Recht. Man könnte glauben, es handle sich blos um einen ungenauen Sprachgebrauch, der gelegentlich zur Erklärung des Verhältnisses gedient habe. Allein außer den Sachen wurden mit der Zeit auch Rechte und Forderungen pfandbar, und wie anders hätte man ein solches Recht an einem Recht auffassen sollen denn als Obligation? Die Römer, die nicht von bestimmten Definitionen ausgingen, fanden keinen Widerspruch darin, das Pfandrecht als ein dingliches Recht anzuerkennen und es gleichwohl auf Forderungen auszudehnen. Sie reden im einen Fall von einem ius in re, im andern von einem nomen, pignus obligatum; so konnte auch homo, res, praedium obligatum gesagt werden. Es ist darum nicht so irrig wie man glaubt, das Pfandrecht ein dingliches Forderungsrecht zu nennen: es steht wirklich in der Mitte zwischen einer Forderung auf eine Sache und einem Recht an einer Sache. Nur darf man einen an sich unjuristischen Ausdruck, den man sich als prägnante Bezeichnung des Verhältnisses gefallen lassen kann, nicht auf die Spitze treiben und als Princip für die ganze Theorie festhalten, denn dann würden allerdings zahllose Inconsequenzen unausbleiblich sein. In ähnlicher Weise ließen die Römer, als das Capitaleigenthum bedeutender ward, einen Nießbrauch an Forderungen zu, unbekümmert um den Widerspruch, der sich damit für die strenge Scheidung dinglicher und persönlicher Rechte ergab.

Der starre Gegensatz beider erscheint also später vielfach gebrochen. Das Leben ging über die einfachen Verhältnisse der ältern

Zeit hinaus, ohne sich an die altgewohnten Begriffe zu binden, und darum konnte er auch von der Wissenschaft nicht so consequent durchgeführt werden, wie eine rein begriffliche Ausbildung der Theorie gefordert hätte. Aber es finden sich noch weitere Uebergänge und Mischbildungen, die sich nicht unbedingt in die eine oder andere Kategorie einreihen lassen.

In der Superficies und Emphyteuse kamen auch die Römer zu Instituten, welche gleich dem Lehen und den Reallasten aus dinglichen und persönlichen Verhältnissen gemischt waren. Selbst bei den Servituten ist dies bis zu einem gewissen Grad der Fall, da neben dem dinglichen Recht immerhin eine persönliche Beziehung zwischen dem Berechtigten und dem Eigenthümer der dienenden Sache besteht. Nur sind es keine bestimmten Personen wie bei der Obligation, sondern die Subjecte werden zu Einem, oder bei den Realservituten zu beiden Theilen durch das Eigenthum an einer Sache oder den beiden Grundstücken bestimmt; das persönliche Band tritt vor der dinglichen Auffassung des Rechts zurück. Bei dem Pfandrecht hat aber die doppelte Seite des Verhältnisses wirklich Anerkennung im Recht gefunden, indem neben den dinglichen Rechtsmitteln noch eine persönliche Klage aus dem Pfandcontract gegeben wird, bei der Hypothek, wo keine Obligation entsteht, wenigstens eine pigneraticia utilis, wenn der Gläubiger in den Besitz des Pfandes gekommen ist.[27] Endlich geht auch die Möglichkeit, das Eigenthum durch Stellvertreter zu veräußern, über die rein dingliche Natur des Eigenthums hinaus. Denn die Veräußerungsbefugniß des Stellvertreters ruht nur auf einer Obligation, die an sich nach römischen Begriffen das Eigenthum gar nicht afficirt, so daß streng genommen, wenn man ganz consequent gewesen wäre, allein der Eigenthümer, niemals ein Nichteigenthümer hätte veräußern können, selbst nicht innerhalb der Grenzen seines Mandats.

Es war eben unmöglich, den unvermittelten Gegensatz von dinglichen und persönlichen Rechten festzuhalten. Und so wenig das römische Leben sich ihm unterordnete, vielmehr überall wo die Entwicklung es verlangte darüber hinausging, so wenig brauchten

die Juristen ihre Kunstworte als ein für allemal abgeschlossene Begriffe, die keiner Erweiterung fähig gewesen wären. Um so unbedenklicher ist es für uns, die wir nicht in Gefahr stehen, den Unterschied selber und was davon für die Rechtssicherheit abhängt wieder zu verlieren, die Schranken des römischen Rechts fallen zu lassen und unser Sachen- und Obligationenrecht so zu erweitern, wie es das heutige Leben fordert.

Gehen wir nun nach dieser kurzen systematischen Erörterung, auf welche wir unten bei dem Obligationenrecht noch einmal zurückkommen, auf einzelne Punkte des römischen Sachenrechts näher ein.

1. Besitz.

Der bedeutungsvollste Charakterzug, dem wir begegnen, ist die Scheidung von Besitz und Recht, oder da bei bloßen Rechten der Besitzschutz jüngern Ursprungs ist, von Besitz und Eigenthum. Ein feiner und doch überaus wichtiger Unterschied, der in seiner Art nicht minder durchgreifend ist wie der zwischen Eigenthum und Forderung. Wie man dingliche und persönliche Rechte zu sondern wußte, so wurde den erstern wieder die ihnen zur Seite gehende factische Herrschaft gegenübergestellt, die thatsächliche Gewalt, die entweder als Ausübung oder als Verletzung des Rechts erscheint. Unter Umständen wird diese schon als solche mit einem Schutz versehen, gleichviel ob sie dem Recht entspricht oder nicht, und zwar so folgerichtig, daß der Besitz des Diebes oder Räubers an sich den gleichen Schutz genießt wie der Besitz des Eigenthümers.

Daß der Besitzer einer Sache oder eines Rechts sich in besserer Lage befindet als der Nichtbesitzer, ist natürlich, denn der letztere muß seine Ansprüche erst geltend machen, was jener nicht nöthig hat. Darum wird jedes Recht dem Besitzer wenigstens processualische Vortheile gewähren, mögen sie nun wie im römischen in der Freiheit vom Beweis, oder wie im deutschen im Recht zum ersten Beweis bestehen. Allein dieser natürliche Vorzug, woran das Recht nichts ändern kann, macht den Besitz noch nicht zum Rechtsverhältniß. Erst das römische Recht ging einen Schritt weiter und führte einen selbständigen Schutz des Besitzes ein, indem es

den petitorischen Klagen possessorische zur Seite stellte, dabei Einreden, welche aus dem Recht hergenommen waren, unberücksichtigt ließ und nur darauf sah, wer wirklicher Besitzer sei oder nicht. So trat der Besitz dem Recht selbständig gegenüber. Ein bloßes Factum, das für sich weder Recht noch Unrecht ist, erzeugt rechtliche Wirkungen und wird insofern selbst zum Recht. Gewiß ein neuer Beweis von der hohen begrifflichen Ausbildung des römischen Rechts, zumal wenn wir bedenken, daß unser Recht vor Einführung des fremden so wenig zu einer begrifflichen Scheidung von Besitz und Eigenthum wie von dinglichen und persönlichen Rechten gelangte. Anfänge eines eignen Besitzschutzes finden sich wohl seit dem Ende des dreizehnten Jahrhunderts; aber von einem besondern Institut des Besitzes konnte schon aus dem einfachen Grunde keine Rede sein, weil in der Gewere die rechtlichen und factischen Elemente noch ungesondert beisammen lagen. Erst die römische Theorie gewährt die Möglichkeit, dem Schutz wirklicher Rechte einen vorläufigen Schutz vermeintlicher Rechte zur Seite gehen zu lassen, wie ihn ein fortgeschrittenes Verkehrs- und Rechtsleben nicht entbehren kann.

Es beschäftigt uns vor Allem die Frage, wie im römischen Recht die abstracte Scheidung von Besitz und Eigenthum, Factum und Recht zu Stande gekommen sein mag. Die Rechtsgeschichte giebt darauf nur eine ungenügende Antwort, denn Alles was wir vom Ursprung des Besitzes wissen reducirt sich auf einzelne wenige Anhaltspunkte über das Alter der Interdicte. Man hat deshalb zu Vermuthungen seine Zuflucht nehmen müssen. Nach der Ansicht von Niebuhr und Savigny wäre der Besitzschutz zuerst für die Possessio am Ager publicus entstanden, dann auf Privatgrundstücke und zuletzt auf Mobilien erstreckt worden. Puchta und Keller wollen ihn von der Entscheidung über die Parteirollen bei der Vindication ableiten. Nach einer vermittelnden Meinung von Rudorff endlich seien die Interdicte ursprünglich Verbote der Gewalt gegenüber der Ausübung des Eigenthums gewesen, ihr Gebrauch bei dem Ager publicus und vor der Vindication nur besondere Fälle ihre Anwendung.[28] Die letzte Meinung möchte die

richtigste sein. Der Besitzschutz im spätern Sinn entstand allmählich und von verschiedenen Punkten aus: zuerst als Schutz eines nicht civilen, dann auch als Schutz eines civilen, aber streitigen Besitzrechts. Jenes ist offenbar das Aeltere; die interdicta retinendae possessionis scheinen erst mit dem neuen Formularverfahren aufgekommen zu sein, als man die Vortheile desselben durch Umweg (per sponsionem) auch der actio in rem zugänglich machte, während die legis actio per sacramentum noch zweiseitig war.

Nach der Ansicht von Savigny, womit Rudorff in diesem Punkt übereinstimmt, war also der Schutz zuerst bloßer Rechtsschutz oder eine Ergänzung desselben, während er nach Puchta und Keller gleich anfangs selbständig gegen das Eigenthum, als reiner Besitzschutz aufgetreten wäre. Das Erste ist natürlicher, da kein Volk mit der Abstraction anfängt; das Zweite möchte eher Ergebniß wie Ausgangspunkt der Entwicklung sein. Wenn Puchta die Frage so gestellt wissen will, wie in dem römischen Bewußtsein der Gedanke habe entstehen können, schon den factischen Willen des Rechtsfähigen unabhängig vom Eigenthum und selbständig gegen dasselbe zu schützen, so greifen wir der Geschichte vor. Diesen Sinn hat die Frage zunächst noch nicht. Denn von dem ersten Ursprung eines Instituts bis zu dessen begrifflicher Formulirung oder auch nur seinem Bewußtwerden ist immer ein weiter Schritt. Gewiß führte anfangs ein praktisches Bedürfniß darauf, in einzelnen Fällen den bloßen Besitz oder die Ausübung eines vermeintlichen Eigenthums zu schützen, der abstracte Begriff des Besitzes dagegen entwickelte sich hinterher an den gegebenen Fällen seiner Anwendung. Wenigstens würde es sehr ungeschichtlich klingen, wenn man annehmen wollte, die Römer seien ohne Weiteres zu der Theorie gekommen, wer eine Sache in seiner Gewalt habe mit dem Willen, sie für sich als Eigenthümer zu haben, genieße den Besitzschutz. Zuerst sind die Thatsachen vorhanden, dann treten sie ins Bewußtsein und werden begrifflich entwickelt. So ist es mit dem Staat und den Formen seiner Verfassung, so auch mit dem Recht im Ganzen und mit seinen einzelnen Instituten. „Das Volksleben liebt es nicht, sich erst zu einer Abstraction über die

Verhältnisse zu erheben und dann von da aus diese zu gestalten. Es schafft im Einzelnen, wo und wie sich das unmittelbare Bedürfniß kundgiebt, und führt die allgemeinen Principien stets in concreter Modification in's Leben ein, unbekümmert um den innern Zusammenhang seiner einzelnen Bestimmungen."[29]

Auch aus der Geschichte des Besitzes selber können wir einen Beweis dafür beibringen. Es gab einzelne Rechte, wie die Weg- und Wasserservituten, deren Ausübung schon in früher Zeit durch Interdicte geschützt wurde, und doch ist der den Römern widerstrebende Begriff einer iuris oder quasi possessio erweislich erst durch die Wissenschaft Jahrhunderte später ausgebildet worden.[30] Gewiß hat es sich ähnlich mit dem Sachenbesitz verhalten. Possessio bezeichnet ursprünglich keinen Gegensatz zum Eigenthum, sondern schließt dasselbe ein, gerade so wie bei uns das Wort Besitz noch heut zu Tage diesen doppelten Sinn hat. Der Besitz ist in gewissem Sinn bei jedem Volk älter als das Eigenthum, dieses erst ein vom Recht anerkannter und gewährleisteter Besitz.

So blieb auch bei den Römern, als sich früh im Dominium ein solcher Rechtsbegriff gebildet hatte, Possessio der weitere Begriff, der für factische und rechtliche Herrschaft gebraucht wurde: für die rechtliche, wenn sie kein Dominium war, bei dem Eigenthum der Peregrinen, am Provincialboden, am Ager publicus, im Erbrecht bei der Bonorum Possessio und in andern Fällen; und für die bloß factische, die der rechtlichen Herrschaft entspricht, ohne Rücksicht darauf, ob die letztere in dem fraglichen Fall wirklich vorhanden ist oder nicht. Im engern Sinn ist also der Ausdruck gleichbedeutend mit dem Besitz, welcher dem Dominium zur Seite geht, possessio civilis. Von diesem Eigenthumsbesitz sind die Römer bei ihrem Besitzschutz ausgegangen, jeder andere war ihnen civilrechtlich zunächst ohne Wirkung. Noch die klassischen Juristen sahen das Verhältniß so an und betonten nicht die Trennung, sondern den Zusammenhang von Besitz und Eigenthum. Im Einzelnen lassen sich allerdings verschiedene Veranlassungen denken, die zu einem selbständigen Schutz dieses Besitzes führten, wie denn gerade der Schutz des Besitzes am Ager publicus eben-

falls ein Fall war, wo ein rechtliches Verhältniß geschützt wurde, das nicht als Eigenthum in Betracht kam. Indeß liegt für uns weniger daran, die eine oder andere Veranlassung näher zu begründen, als zu zeigen, wie der Besitzschutz sich als nothwendiges Glied in das System des römischen Rechts einfügt.

Da die Erwerbsformen des Eigenthums zum Theil schon in der ältern Zeit und später sämmtlich an den Besitzerwerb anknüpften, dieser demnach die Voraussetzung des erstern war, so kann es nicht auffallen, wenn neben der Eigenthumsklage mit ihrem erschwerten Beweis früh das Bedürfniß eines bloßen Besitzschutzes entstand, ganz anders als bei uns, wo die Ersitzung ausgeschlossen und bei der gerichtlichen Auflassung das Moment des Besitzübergangs ohne Bedeutung war. Fand es der Prätor nöthig, für den Usucapionsbesitz später neben der Vindication noch eine eigne Klage einzuführen, so kann es für den Eigenthumsbesitz auch schon früher einen provisorischen Schutz des Prätors gegeben haben, ohne daß derselbe erst bei Gelegenheit einer Eigenthumsklage zur Sprache gekommen und gleich in der spätern Form der interdicta retinendae possessionis aufgetreten wäre. Jedenfalls müssen diese ziemlich gleichzeitig mit dem Formularproceß entstanden sein. Denn wenn sich bei Plautus schon eine Spur des interdictum utrubi findet, so muß das ältere interdictum uti possidetis für unbewegliche Sachen mindestens bis zur Lex Aebutia, also in das dritte Jahrhundert vor Christi hinaufreichen. Derselbe Gedanke, Verbot der Eigenmacht gegen wirkliches oder vermeintliches Eigenthum, der später zur Aufstellung noch wirksamerer Interdicte führte (recuperandae possessionis), möchte auch der Einführung der frühern zu Grunde liegen und sich später in anderer Form noch einmal wiederholt haben.

An den Schutz des wirklichen oder vermeintlichen Eigenthumsbesitzes reihten sich dann die Fälle, welche wir unter dem Namen des abgeleiteten Besitzes begreifen, der Besitz des Pfandgläubigers, des Precaristen und des Sequester. Namentlich bei dem Pfand und dem Precarium war ein Schutz nöthig, da beide Verhältnisse gerade in der ältern Zeit häufig waren: vom Pignus will man

eine Spur schon im latinischen Bündniß von 493 finden, das Precarium war die gewöhnliche Form für die Ueberlassung von Grundstücken an Clienten. Ein eigentlicher Rechtsschutz für beide Verhältnisse bestand nicht, denn die Ausbildung der Pfandklage und der actio praescriptis verbis gehört einer viel spätern Zeit an. Hier schützte man also den bloßen Besitz und zwar zuerst einen Besitz, der weder ein unvollkommenes noch streitiges Eigenthum war. Pfandgläubiger wie Precarist erkennen ausdrücklich das Eigenthum eines Andern an und machen doch, ja gerade deshalb Anspruch auf den Besitz. Es waren die ältesten Fälle der sogenannten naturalis possessio, die auch in der Folge die Cardinalfälle blieben: ein Besitz, welcher civilrechtlich kein solcher ist, aber geschützt wird als ob es Eigenthumsbesitz sei. Der Name ist jüngern Ursprungs und verdankt in diesem wie in dem weitern Sinn für jedes körperliche Innehaben (detentio) erst der Wissenschaft seine Aufnahme.

Indem man so einen Besitzschutz unabhängig vom Eigenthum gab, konnte man ihn nun auch gegen den Eigenthümer selbst zulassen, ja bei dem Pfand war dies sogar die nächste Absicht, während man bei dem Precarium und vielleicht auch dem Sequester dem Eigenthümer den Vorbehalt der Interdicte gestattete. Als dann noch weitere Interdicte zur Wiedererlangung eines widerrechtlich (vi, clam, precario) verlorenen Besitzes aufkamen, lag der Gedanke nah, den Interdictenbesitz, der sich jetzt völlig vom Eigenthum abgelöst hatte, unter einen allgemeinen Gesichtspunkt zu bringen und ihn so auch theoretisch zu begründen. Das geschah durch die den Römern eigenthümliche Ableitung des Rechts aus dem persönlichen Willen, indem man im Besitz selbst einen factischen Willen anerkannte und Jedem die Interdicte zusprach, der mit der Detention die Absicht verband, die Sache für sich als Eigenthümer zu haben. Von dieser Seite stellten sich daher die Fälle des abgeleiteten Besitzes als Ausnahmen dar, weil er nicht mit dem Willen des Eigenthümers geübt und doch geschützt wurde. Später fand wie es scheint noch eine Ausdehnung desselben auf Superficies und Emphyteuse Statt, im Uebrigen aber blieb man

bei der Regel und ließ keine weitere Uebertragung eines bloßen Besitzes auf Andere zu, da er als reines Factum, im Gegensatz zum dinglichen Recht, für sich allein überhaupt nicht übertragen werden konnte.

So erklärt sich, wie den Römern eine Abstraction, die uns immer noch nicht in den Sinn will, zuletzt ganz geläufig ward: daß Besitz und Eigenthum Gegensätze seien, jener die reine Thatsache oder den factischen Willen, dieses das Rechtsverhältniß, den Willen als rechtlich anerkannten, bezeichnen. Nicht als ob man die Sache von Anfang an so gedacht und den Besitz gleich andern Rechten als Willensmacht geschützt habe; man war nur den Bedürfnissen gefolgt, wie sie nach und nach einen immer weitern Besitzschutz nöthig machten, bis man einen allgemeinen Begriff fand und damit den Besitz abschloß. Denken wir an die scharfe Sonderung dinglicher und persönlicher Rechte, welche die Römer gleich wahrnehmen ließ, wie jenen fortwährend eine Ausübung zur Seite geht, während die einer Forderung nur einmal möglich ist (solutio), nehmen wir den intensiven, aber engen Begriff des römischen Eigenthums hinzu, der nicht jedes Besitzrecht als Eigenthum gelten ließ und mit dessen Schutz versah, wiederum anders als bei uns, wo ein Eigenthum auch an Rechten angenommen und für Mobilien das Princip der Dinglichkeit viel weniger streng durchgeführt wurde, so kann es kaum befremden, daß man Besitz und Eigenthum von einander trennte und den dinglichen Rechten einen Schutz ihrer Ausübung parallel gehen ließ, zumal da der Schutz des Ager publicus und anderer nicht civiler Verhältnisse es ganz natürlich scheinen ließ, daß nicht bloß die vom Recht anerkannte, sondern auch eine factische Herrschaft über Sachen geschützt werden könne.

Damit war ein Princip gewonnen, von wo aus eine wissenschaftliche Durchbildung des Besitzes möglich war, und diese ist ihm denn auch in reichem Maße zu Theil geworden. Indem er in seine beiden Elemente, corpus und animus, zerlegt wurde, entstand eine eigne Theorie über Erwerb und Verlust, Stellvertretung, Inhalt, Umfang und Schutz des Besitzes, die ihn zu einem

ebenso selbständigen Institut machte, wie wenn ihm ein wirkliches Recht zu Grund läge. Denn nicht nur die wirkliche, sondern auch die vermeintliche Ausübung des Eigenthums (opinione domini) ward im Besitz geschützt; er löste sich von seiner rechtlichen Grundlage ab und trat ihr gegenüber. Von diesem Standpunkt aus ist es ganz gut zu erklären, daß unsere Juristen früher schon den bloßen Interdictenbesitz als possessio civilis gelten lassen wollten. Er war es am Ende der Entwicklung in der That ebenso wie am Anfang der Eigenthumsbesitz, nur daß die Römer selbst den ältern Sprachgebrauch festhielten und bei ihrer possessio civilis immer bona fides und iusta causa voraussetzten.

Wie fein aber die römischen Juristen den Besitz ausbildeten, sehen wir gerade an der Schärfe, womit sie die verschiedenen Arten desselben unterschieden, possessio civilis, Interdictenbesitz und wieder die bloße Detention: so daß mehrere Personen eine Sache zugleich, nur in verschiedener Weise besitzen können, in gewissem Sinn also ein doppelter und mehrfacher Besitz an der nämlichen Sache möglich wird, während der eigentliche Besitz allerdings nur einmal möglich ist. Der Schuldner zum Beispiel, welcher dem Gläubiger ein Pfand bestellt, behält die Usucapion, während der Interdictenbesitz auf den Gläubiger übergeht. Empfängt er von diesem die Sache zum Precarium zurück, so dauert der Interdictenbesitz des Gläubigers fort, während er selbst neben der conditio usucapiendi nur eine Detention an der Sache hat.[31] Rein speculative Fragen, wie die ob der Besitz ein Recht oder ein Factum sei, weshalb er eigentlich geschützt werde, wie weit er ausgedehnt werden könne und dergleichen, haben die klassischen Juristen freilich nicht erörtert, dennoch haben sie auch hier ihre Meisterschaft in der begrifflichen Entwicklung wie in der Unterordnung unter das praktische Bedürfniß gezeigt.

Sehen wir auf die letzte Gestalt, welche der Besitz von der römischen Wissenschaft empfangen hat, so könnte es scheinen, als ob er weniger mit den factischen Grundlagen des Rechts zusammenhänge, vielmehr nur auf einem Fortschritt des Rechtsbewußtseins und der dogmatischen Kunst beruhe. Bis zu einem gewissen Grad

ist das auch wirklich der Fall; so unmittelbar als die meisten andern Institute hängt er allerdings nicht mit diesen Grundlagen zusammen. Aber mittelbar müssen wir ihn dennoch auf sie zurückführen. Fügt er sich als nothwendiges Glied in das System des römischen Rechts ein, so folgt schon aus allgemeinen Gründen, daß er zugleich im Zusammenhang mit dem römischen Leben gestanden und eine wesentliche Ergänzung desselben gebildet habe. Um nur Eins anzuführen, so wäre der Ursprung eines selbständigen Besitzes ohne den Unterschied dinglicher und persönlicher Rechte ganz unmöglich gewesen; er hatte den früh entwickelten Verkehr ebenso zur Voraussetzung wie das römische Eigenthum. In gleicher Weise gestattet uns die Geschichte des Besitzes selbst den Schluß, daß seine Ausbildung nicht minder durch die Eigenthümlichkeiten des Lebens wie des Rechts bedingt war. So abstract die Theorie scheinen mag, man ging dabei doch von den concreten Verhältnissen aus und brachte sie dann so gut es gehen wollte mit den älteren Principien und der Folgerichtigkeit des Rechts in Einklang; überall macht sich die vorwiegende Rücksicht auf die Utilitas, den Zweck und die Anwendung der einzelnen Rechtssätze geltend. Darum wird auch die Consequenz, die eine so große Rolle im römischen Recht spielt, hier mehr als bei andern Instituten hintangesetzt. Gar oft begegnen wir scheinbaren Willkürlichkeiten, die nur in den thatsächlichen Verhältnissen eine ausreichende Erklärung finden; es wäre daran ebensoviel zu lernen, wie an der begrifflichen Construction des Besitzes.

So verdanken gleich die Fälle des abgeleiteten Besitzes, wo zuerst ein Schutz im Gegensatz zum Eigenthum gegeben wurde, der Utilitas ihre Entstehung: erst nachdem die Interdicte auf den Pfandgläubiger und Precaristen übergegangen waren, statuirte die Wissenschaft hinterher einen Besitz.[32] Daneben ließ man als Folge des ursprünglichen Besitzes die Usucapion für den Verpfänder fortdauern, weil der Schutz des Gläubigers nicht weiter als nöthig war erstreckt wurde, und die Fortdauer der Usucapion nicht allein im Interesse des Verpfänders, sondern auch des Gläubigers lag, obwohl die Annahme eines in dieser Weise getheilten oder nach

verschiedenen Richtungen hin wirkenden Besitzes der strengen Consequenz wenig zusagen mochte. Vor Allem aber erklären sich die Grundsätze über Erwerb und Verlust des Besitzes, namentlich durch Stellvertreter, nur durch das Bedürfniß. War der Besitz wirklich ein bloßes Factum, das für sich allein nicht auf Andere übertragen werden konnte, so war streng genommen auch ein Erwerb und Verlust desselben durch Andere nicht möglich. Allein der römische Verkehr, der zum größten Theil durch die Hände der Sclaven ging, machte von selbst eine Ausnahme nöthig: den Besitzerwerb durch Sclaven mußte man zulassen, und zwar für Jeden, welcher ein nutzbares Recht an ihnen hatte. Also zunächst für den Eigenthümer, aber nicht bloß für ihn und nicht immer für ihn. Jenes nicht, weil auch der gutgläubige Besitzer und der Nutznießer eines Sclaven, wenigstens ex rebus suis und ex operis servi, für sich erwerben, dieses nicht, weil der Besitzerwerb eines verpfändeten Sclaven vorläufig unentschieden bleibt. Daß es nicht überall gelang, die ratio iuris mit der utilitas vollkommen auszugleichen, sehen wir an dem Versuch Papinian's, den Erwerb des Sclaven für den Nießbraucher damit zu rechtfertigen, daß dieser die Detention des Sclaven habe und der Besitz überhaupt Manches vom Recht entlehne.[33] Auch daß ein verpfändeter Sclave weder für den Eigenthümer, noch für den Pfandgläubiger erwerben kann, erklärt sich zunächst aus praktischen Gründen. Hätte man Erwerb für den Gläubiger angenommen, so würde man die Rechte des Eigenthümers verletzt haben, wollte man den Erwerb für diesen fortdauern lassen, so wäre das Pfandrecht illusorisch geworden. Der Erwerb blieb also in der Schwebe (in pendente), bis die Aufhebung des Pfandrechts darüber entschied, ob der Sclave mit dem Peculium an den Eigenthümer zurückfiel, oder der Gläubiger sich durch Veräußerung des Sclaven mit seinem Erwerb bezahlt machte. Hätten die Juristen an dem Princip festgehalten, daß der Besitz ein reines Factum sei, so wären sie zu dem verkehrten Schluß gekommen, daß jeder Besitz eines Sclaven den Besitz der Sachen nach sich ziehe, die er erwerbe; während in Wirklichkeit der Besitzer eines Sclaven nicht schon als solcher erwarb und unter

Umständen auch ein Nichtbesitzer erwerben konnte. Sobald man nun einen Besitzerwerb durch Sclaven zuließ, lag es nahe, ihn auch durch solche Personen eintreten zu lassen, welche in einer andern privatrechtlichen Gewalt standen (patria potestas, manus, mancipium): wiederum utilitatis causa, obwohl die Consequenz dagegen stritt, weil an diesen Personen gar kein Besitz möglich war. In der ältern Zeit, so lange man Eigenthum an ihnen annahm, wäre ein Besitz möglich gewesen, später als sich der Besitz ausgebildet hatte, nahm man kein Eigenthum mehr an, der Besitzerwerb aber blieb wenn man will als Folge der alten privatrechtlichen Abhängigkeit stehen.[34] Von da war es ein Leichtes, daß man zuletzt einen Besitzerwerb durch freie Stellvertreter überhaupt gestattete, während eine abstracte Theorie nimmer dazu gelangt wäre.

Ebenso praktisch und scheinbar inconsequent verfuhr man bei den Grundsätzen über den Verlust des Besitzes. So stellte man zum Beispiel den Satz auf, daß der Sclav seinem Herrn durch Diebstahl den Besitz nicht entziehe, daß an einem flüchtigen Sclaven der Besitz fortdauere, bis sich ein Anderer desselben bemächtige, daß daher ein entlaufener Sclav fortfahre, seinem Herrn zu erwerben. Der Sclav besitzt also nicht selbst, sondern für den Herrn, für diesen aber auch sich selbst, sobald der Herr aufhört, ihn in seiner Gewalt zu haben. Ferner daß bei Grundstücken der Besitzverlust erst eintrete, wenn der frühere Besitzer die fremde Aneignung erfahren hat, bei Mobilien dagegen schon im Moment der letzteren, wie es der Begriff des Besitzes fordert:[35] als die Römer anfingen, in den Provinzen Grundstücke zu erwerben, sprach eben die Zweckmäßigkeit gegen das Festhalten an der Regel. So war es endlich auch eine Inconsequenz, daß man an ideellen Theilen Besitz zuließ, während er doch nach römischer Anschauung eine körperliche Sache voraussetzt, denn die Theile sind nicht körperlich, sondern werden an der Sache nur gedacht. Aus demselben Grund blieb die Ausdehnung des Besitzes auf bloße Rechte vom römischen Standpunkt aus eine Singularität. Der Prätor hatte freilich schon vorgegriffen und soweit die Verhältnisse es verlangten einen Interdictsschutz eingeführt; so mußte die Wissenschaft wohl oder übel zum Begriff

einer iuris possessio ihre Zuflucht nehmen und sich dabei durch den Ausdruck quasi possessio gleichsam entschuldigen.

Es würde zu weit führen, alle Bestimmungen aufzuzählen, die unmittelbar den römischen Zuständen entsprangen und dem reinen Begriff des Besitzes widersprechen: leicht könnten die Beispiele vermehrt werden, auch durch solche Fälle, bei welchen die Juristen sich vielleicht über die Möglichkeit ihrer rechtlichen Begründung nicht einmal vollständig Rechenschaft ablegten. Wir glauben, daß sich in der Besitztheorie kaum ein Satz findet, welcher nur aus einer abstracten Rechtsregel erklärt werden könnte: schwieriger möchte es sein, einen solchen nachzuweisen, welcher gegen das praktische Bedürfniß verstoßen hätte. Es war eben nirgends die bloße Consequenz der Begriffe, sondern vor Allem das letztere, was die Juristen folgerichtig zu entwickeln suchten.

Ergiebt sich aber überall wenigstens ein mittelbarer Zusammenhang der Theorie des Besitzes mit dem römischen Leben, so möchte daraus auch die Unmöglichkeit hervorgehen, ihn so wie ihn das fremde Recht ausgebildet hat ohne Weiteres auf unsere Verhältnisse anzuwenden. Denn je mehr er dem römischen Bedürfniß genügte, desto weniger kann von einer unbedingten Anwendung für uns die Rede sein. Es sind theils weiter gehende Bedürfnisse, die befriedigt sein wollen, theils die rechtliche Formulirung des Besitzes selbst, die unsern Ansichten nach anders zu fassen ist. Wir müssen deshalb einmal den Besitzschutz weiter ausdehnen als das römische Recht gethan hat, und können sodann Besitz und Recht nicht als absolute Gegensätze behandeln. Dort lag die Schranke im römischen Leben, hier in der Uebertreibung, womit der Besitz als Gegensatz zum Recht gedacht und von seiner natürlichen Grundlage abgelöst wurde.

Was den ersten Punkt betrifft, so bleibt es immerhin eine offene Frage, wie weit der Besitzschutz auszudehnen sei. Die Praxis hat darauf in verschiedenem Sinne geantwortet, je nachdem sie mehr oder weniger ängstlich sich an das römische Recht anschloß. Daß sich kein bestimmtes Princip bilden konnte, scheint natürlich wenn man bedenkt, daß wir die Besitzlehre erst von den

Römern überkommen haben. Es bleibt daher noch eine Aufgabe unserer Wissenschaft, ein solches Princip zu finden, und hierbei sollten wir allerdings die Methode der römischen Juristen zum Muster nehmen. Eben deshalb sind Arbeiten wie das Buch von Bruns, das mit einer tiefen Einsicht in das Wesen und die Geschichte des römischen Rechts die volle Freiheit in der Behandlung desselben verbindet, besonders an der Zeit. Darüber aber, daß wir bei den Fällen des römischen Besitzschutzes nicht stehen bleiben können, herrscht nirgends ein Streit, und über manche Fälle, auf die er ausgedehnt werden müsse, ist die Praxis von jeher ziemlich einig gewesen. Denn selbst wenn wir von den Voraussetzungen des römischen Rechts ausgehen, daß nur dingliche Rechte einen Besitz zulassen, giebt es doch eine Menge dinglicher Verhältnisse, welche den Römern unbekannt waren, die also aus demselben Grund einen Besitzschutz fordern, aus welchem ihn die Römer geben. Sie hatten einen auf körperliche Sachen beschränkten Verkehr vor Augen und nahmen nur bei solchen ein wirkliches Eigenthum an, sie mußten darum auch an dem Satz festhalten, daß der Besitz der Regel nach auf sie zu beschränken sei. Ist unser Eigenthum ein anderes, nehmen wir ein analoges Recht unter Umständen auch an unkörperlichen Dingen an, so fällt damit von selbst die römische Regel, und wir halten von vornherein einen Rechtsbesitz für ebenso zulässig wie den Sachbesitz. Beide sind ebenso mit einander verwandt, wie wir die Rechte als Sachen und die Sachen als Rechte betrachten können: nicht der Inhalt, sondern nur der Umfang der Herrschaft ist ein verschiedener. Ja es läßt sich der Besitz dinglicher Rechte nicht bloß als beschränkte factische Herrschaft über Sachen auffassen, sondern selbst der Sach- oder Eigenthumsbesitz als eine Ausübung des bloßen Rechts, wobei nur das letztere schon als möglich, ohne Rücksicht auf seine Begründung im einzelnen Fall, Schutz genießt. Denn auch bei dem Eigenthum hat man juristisch wenn gleich das volle, doch immer nur ein Recht an der Sache, und so erscheint consequent jeder Besitz einer Sache im Grund wieder als Besitz eines wirklichen oder vermeintlichen Rechts an derselben; man könnte so parador es klingt behaupten,

daß selbst der Eigenthümer seine Sache bloß detinire und nur das Recht daran besitze.[36] Indeß kann man bei dem Eigenthum Object und Inhalt des Rechts identificiren, weil es das vollständige Recht über die Sache enthält, und deshalb ebenso gut von einem unmittelbaren Besitz, wie von einem unmittelbaren Eigenthum derselben reden. Die Römer haben dies gethan und sind nicht bloß vom Sachbesitz ausgegangen, sondern im Wesentlichen auch dabei stehen geblieben, was für ihre Verhältnisse das Natürliche war.

Gehen wir aber von der Möglichkeit eines Rechtsbesitzes aus, so läßt sich nicht absehen, warum wir uns nothwendig an das Erforderniß der Dinglichkeit binden und bei solchen Rechten keinen Besitz annehmen sollen, denen gleich den dinglichen eine fortdauernde oder wiederholte Ausübung zur Seite geht, einerlei ob es Familien-, Standes- oder Forderungsrechte sind. Ueber die Grenze, welche dabei einzuhalten ist, mag billig gestritten werden; schließlich werden in ähnlicher Weise Zweckmäßigkeitsgründe entscheiden wie im römischen Recht. Ob bei der Pacht und Miethe zum Beispiel der Eine den Besitzschutz für wünschenswerth, der Andere für unstatthaft hält, ist an sich gleichgültig, wenn wir uns nur im Princip Freiheit der Behandlung wahren. Natürlich braucht nicht jede provisorische Verfügung des Gerichts über irgend einen Zustand, wobei von Besitz gesprochen wird, als Schutz eines wirklichen Besitzes zu gelten; auch die Römer haben von einer possessio hereditatis, ingenuitatis, libertatis, libertinitatis geredet, ohne daraus weitere Schlüsse zu ziehen.[37] Gewiß liegt die nächste Grenze schon in der Natur des Privatrechts, so daß wir den ächten Besitz überall da ausschließen dürfen, wo es sich nicht um eigentliche Vermögensrechte handelt. Und eine weitere Grenze kann man im Begriff der Dinglichkeit finden, wie ihn das deutsche Recht faßt, so daß ein Besitz nur an unsern dinglichen Rechten, vielleicht auch an solchen, die eine analoge Ausübung wie diese zulassen, für statthaft zu erklären sei.

Ebenso wenig als die Beschränkung des Besitzes entspricht der reine Gegensatz von Besitz und Recht unsern Ansichten. Schon

die Römer selbst müssen im Einzelnen vielfach von ihrem Princip abgehen und auf die strenge Durchführung desselben verzichten. Das zeigt sich zunächst darin, daß die allgemeinen Voraussetzungen für das Recht auch für den Besitz gelten. Wo es in subjectiver oder objectiver Hinsicht an der Rechtsfähigkeit mangelt, ist kein Besitz möglich, weshalb zum Beispiel Sclaven und Haussöhne keinen Besitz haben, res extra commercium nicht im Besitz stehen können. Aber auch ein weiterer Zusammenhang des Besitzes mit dem Recht kann von der Theorie nicht völlig verläugnet werden. Vielmehr tritt die Beziehung desselben auf ein zu Grunde liegendes Recht, das relative Verhältniß im Gegensatz zum absoluten des bloß factischen Wollens, gleich bei der obersten Eintheilung des Besitzes hervor: die iusta causa ist zwar kein Element des Besitzes überhaupt, wohl aber ein Element des Civilbesitzes. Nach dieser Causa oder dem Rechtsgrund, das heißt nach den Erwerbstiteln des Eigenthums, unterscheiden die Römer die verschiedenen Arten des Besitzes als pro suo, pro emtore, pro donato, pro legato, pro dote, pro herede, während der Dieb oder Räuber nur pro possessore besitzt. Wenn es also an einer andern Stelle heißt „in summa possessionis non multum interest, iuste an iniuste quis possideat", so haben die Römer doch nicht daran gedacht, dies in vollem Ernst als leitenden Grundsatz ihrer Theorie aufzustellen. Selbst bei dem Interdictenbesitz zeigt sich eine gewisse Relativität, insofern der unrechtmäßige Besitzer wenigstens demjenigen weichen muß, von welchem er vi, clam oder precario erworben hat: nicht der unrechtmäßige Besitzer, sondern der letztere wird geschützt, die bloße Thatsache des Besitzes also hier für bedeutungslos erklärt. War es dagegen der Eigenthümer, dessen Besitz heimlich begann, so hat dieser wieder den Schutz, trotz des Besitzfehlers, offenbar weil man in der Trennung von Besitz und Eigenthum nicht soweit ging, als die begriffliche Selbständigkeit des Besitzes zugelassen hätte.[38] Endlich liegt auch darin eine Schranke für die abstracte Trennung von Besitz und Recht, daß Besitz- und Eigenthumserwerb häufig in einander übergehen. Denn nicht bloß daß an den Besitz der Erwerb des Eigenthums geknüpft

sein kann, ist bei der traditio brevi manu umgekehrt auch der Erwerb des Besitzes durch ein Rechtsgeschäft möglich.

Wir sehen, daß sich schon bei den Römern die Besitzlehre praktisch durchaus nicht so gestaltete, als es der Begriff des Besitzes als eines bloßen Factums vermuthen ließe. Uns scheint dieser selbst übertrieben, und man wird daher zu der Frage gedrängt, warum er eigentlich in dieser abstracten Weise aufgestellt sei, wenn er sich hinterher als undurchführbar erweise. Darauf ist zu antworten, daß er für die Römer eine wesentlich andere Bedeutung hatte als für uns. Für die Römer mochte er nothwendig sein, weil sie aller Vermuthung nach nur so zu der Trennung von Besitz und Eigenthum gelangen konnten. Eine andere Frage dagegen ist, ob er auch für uns in dieser Weise nothwendig sei. Der Gedanke, daß der Besitz ein absolutes Factum sei und doch als solches Schutz genieße, will uns nimmermehr zu Sinn; vielleicht ohne es zu wissen stehen wir hier noch unter dem Einfluß altnationaler Rechtsansichten, und die Grundsätze, welche bei Mobilien den Besitz und das Eigenthum zu Einem Institute verschmelzen ließen, wirken immer noch nach. Denn ist der Besitz wirklich ein absolutes Factum, der Besitzeswille auf einen rein thatsächlichen Zustand gerichtet, warum wird er überhaupt geschützt? Antworten wir, daß er eben deshalb ein Rechtsverhältniß sei, weil er geschützt werde, so machen wir die Folge zum Grund. Daß es Klagen ohne Recht gäbe, ist eine Voraussetzung des römischen Rechts, welches die Frage nach dem Rechtsgrund des Besitzschutzes gar nicht aufwirft. Für uns setzt jeder Schutz einen Grund, ein Rechtsverhältniß voraus; darum können wir uns keinen Besitzschutz denken lediglich der factischen Herrschaft wegen, weil sie der Inhaber einfach will. Gerade der unendliche Streit über die Natur des Besitzes beweist, wie tief uns die Nothwendigkeit einer rechtlichen Begründung desselben im Blut steckt. Ein bloß auf die factische Herrschaft gerichteter Wille ist nach unsern Begriffen überhaupt schwer denkbar: im wirklichen Leben möchte ein solcher bei den Römern so wenig wie bei uns vorgekommen sein. Selbst der Dieb oder Räuber hat „ohne verrückt zu sein“ den auf das Eigenthum gerichteten Willen, denn

nur dadurch wird dieser Wille ein verbrecherischer. Wäre er wie Puchta meint lediglich auf das Factum des Besitzes gerichtet, so läge gar keine Verletzung des Eigenthumsrechts vor, sondern höchstens ein furtum possessionis, was das heutige Strafrecht gar nicht als Diebstahl gelten läßt. Jeder Besitzer will vielmehr durch den Besitz ein Recht ausüben oder zu einem solchen gelangen, und weil er dies will, geht sein Wille, gleichviel ob rechtmäßig, widerrechtlich oder verbrecherisch, auch auf den Besitz, der ihm die Möglichkeit der factischen Ausübung des Rechts geben soll. Wir unterstellen bei dem Besitzschutz stets den Gedanken, daß der Besitzer im Recht zu sein glaubt, daß er also nicht die Klagen hat, weil er besitzt, sondern weil er ein Recht auszuüben meint, mit anderen Worten, daß das Besitzrecht zugleich ein Recht zu besitzen enthalte (ius possessionis und ius possidendi); insofern finden wir den vorläufigen Schutz natürlich, bis der Gegner ein stärkeres Recht darthut. Daß diese Unterstellung im einzelnen Falle falsch sein kann, ändert an der Sache nichts ab, denn das Recht setzt nicht seine Verletzung, sondern seine Anwendung als Regel voraus, und es ist deshalb eine nothwendige Folge, daß im einzelnen Falle der Besitzschutz auch da gegeben wird, wo ihm kein Recht oder ein Unrecht zu Grunde liegt. Gewiß haben die Römer den animus rem sibi habendi ursprünglich nicht anders verstanden. Erst als die Theorie vollendet war, konnte davon die Rede sein, ihn zu einem specifisch factischen Willen zu machen, um die Selbständigkeit des Besitzes principiell zu begründen. Ob und in wie weit dies aber wirklich geschehen ist, wissen wir nicht, da nirgends sich eine genaue Erklärung findet, was die Römer unter dem animus possidendi sich eigentlich gedacht haben.[39] Sie blieben bei dem einfachen Ausdruck stehen, ohne subtile Untersuchungen über die Bedeutung desselben anzustellen, weil er für ihre praktischen Zwecke, insbesondere zur Feststellung der Lehre vom Erwerb und Verlust des Besitzes, vollkommen genügte. Eine genauere Definition wäre um so überflüssiger gewesen, als sie bei ihrer Theorie immer nur den Eigenthumsbesitz vor Augen hatten. Hier konnte allerdings eine vollständige Trennung von Besitz und Recht ein=

treten, weil hier der Besitz auch äußerlich dem Eigenthum als etwas Besonderes gegenüber tritt.

Eben darum aber, weil wir weder von dem Besitz körperlicher Sachen, noch von dem Gegensatz von Besitz und Recht ausgehen, dürfen wir in dem Schutz der (factischen) Ausübung von Rechten weiter gehen als die Römer, denn an und für sich macht jedes Recht, bei welchem eine fortdauernde Ausübung Statt findet, so gut auf vorläufigen Schutz Anspruch als das Eigenthum. Unser Princip ist bei den Besitzklagen nicht mehr, eine Rechtshülfe überhaupt zu gewähren, sondern eine provisorische da, wo die definitive ihren Zweck nicht gleich erreichen kann: den thatsächlichen Zustand, welchem möglicher Weise ein Recht zu Grunde liegt, gegen willkürliche Störung und Gewalt zu schützen. Von welchem Princip die Gesetzgebung dabei ausgehen soll, ob von dem römischen des Willensschutzes oder von dem einer vermeintlichen Rechtsausübung oder von dem des Ausschlusses aller Selbsthülfe, kann als fraglich immer noch dahin gestellt bleiben. Das worauf es ankommt besteht nur darin, uns dem römischen Recht gegenüber die freie Stellung zu wahren, welche die Gegenwart braucht. Der Begriff eines selbständigen Besitzes mochte allerdings nur in der römischen Beschränkung entstehen können, an die Zustände und Anschauungen des Volks gebunden, ein bloßes Factum und nur das Seitenstück zu wenigen Rechten; jetzt kann er beliebig auf alle Rechte ausgedehnt werden, die einen selbständigen Schutz der Ausübung fordern, und zwar nicht als absoluter Gegensatz zum Recht, sondern als ein Verhältniß, von dem es noch ungewiß ist, ob es Verletzung oder Ausübung eines Rechts ist, das aber gleichwohl der Ordnung halber schon als solches vorläufig geschützt werden muß. Auch hier nehmen wir den Fortschritt des Rechtsbewußtseins, der in der Unterscheidung von Besitz und Eigenthum, Factum und Recht liegt, bereitwillig an, die Beschränkungen aber, in denen er im römischen Recht auftritt, lassen wir fallen.

2. Eigenthum.

Dem Besitz steht als rechtlich anerkannte Herrschaft das Eigenthum gegenüber. Es ist in mehr als einer Hinsicht der Grundbegriff des Privatrechts, weil es die unmittelbarste Verkörperung des Vermögens enthält, und durch die Art seiner Formulirung zugleich die der übrigen Rechte bedingt wird. Alle übrigen Rechtsinstitute sind daher mehr oder weniger von ihm abhängig; wissen wir, wie bei einem Volk das Eigenthum beschaffen war, so ist schon daraus ein ziemlich vollständiger Schluß auf sein gesammtes wirthschaftliches und rechtliches Leben möglich. Das tritt besonders bei dem römischen Volk hervor, das so weit die beglaubigte Geschichte hinaufreicht gleich mit dem Begriff eines starken und festen Privateigenthums begonnen hat. Er ist der Schlüssel zum Verständniß seines Privatrechts überhaupt. Denn die unbedingte Herrschaft des Einzelnen, welche als selbständiges Rechtsgebiet dem Staat gegenüber gestellt wird, ist eben das Eigenthum oder das Dominium ex iure Quiritium: im weitern Sinne die Gewalt des Familienhaupts über alle ihm zugehörigen Personen und Sachen, das heißt in der ältern Zeit Frau, Kinder, Sclaven, Vieh, und Geräth; mit einem Wort die patriarchalische Gewalt des Herrn über Haus und Habe. Ursprünglich ist gewiß die Herrschaft über Personen und das Eigenthum an Sachen als Ausfluß einer und derselben Gewalt betrachtet worden, denn Dominium ist Herrschaft und Eigenthum zugleich, später wurden die verschiedenen Elemente derselben von einander gesondert und der Gewalt über die Personen das Eigenthum an Sachen gegenüber gestellt. In der hausherrlichen Gewalt über die Sclaven (dominica potestas) erscheint auch später beides noch verbunden, sie ist eben sowohl Dominium wie Potestas.

Während unser deutsches Wort Eigenthum vom Besitz am Grund und Boden abgeleitet ist, geht der Römer charakteristisch genug vom Begriff der Herrschaft aus (domus, dominus, dominium); schon damit ist der Gegensatz beider Rechte auf das deutlichste bezeichnet. Proprietas ist jüngern Ursprungs und erst von der Wissenschaft in Aufnahme gebracht, um für das Eigenthum

im Gegensatz zu den übrigen dinglichen Rechten einen besondern Ausdruck zu haben. Es ist das Eigenthum im objectiven Sinn, das Recht als Eigenschaft der Sachen gedacht, vollständig und ganz einem Herrn anzugehören, ähnlich wie oberdeutsche Mundarten, nur mit etwas anderer Beziehung, bis zu Ende des Mittelalters das Wort Eigenschaft wirklich gebraucht haben.[40] Daher kann dominus hereditatis, ususfructus, litis ebenso wie dominus proprietatis gesagt werden, während proprietas für sich allein immer das rerum dominium oder das Eigenthumsrecht bezeichnet. Im Gegensatz zum Besitz stehen beide Ausdrücke.

Das römische Recht ist bei seinem Eigenthumsbegriff von den körperlichen Sachen, und zwar wie es scheint gleich von den Mobilien ausgegangen, das deutsche von den Immobilien oder den Grundstücken. Jenes hat nie ein Eigenthum an unkörperlichen Sachen angenommen, dieses ist erst später zu einem selbständigen Eigenthum an Mobilien gelangt. Welches deutet nun auf die höhere Entwicklung?

Der Gegensatz von körperlichen und unkörperlichen Sachen ist abstracter und allgemeiner, der von beweglichen und unbeweglichen sinnlicher und enger, aber so fern der letztere sich nicht auf körperliche Sachen beschränkt, ist er es doch, welcher eine reichere und vielseitigere Entwickelung zuläßt. Denn es giebt wirklich ein dem Sacheigenthum verwandtes Recht an unkörperlichen Dingen oder ein Rechtseigenthum wie wir es nennen, während auf der andern Seite zugleich das Eigenthum an Mobilien und Immobilien nicht ganz das nämliche sein kann. So scharf und bestimmt also der römische Eigenthumsbegriff sein mag, er bleibt ein einseitiger, weil er nur an körperlichen Sachen, an diesen aber ohne Unterschied das gleiche Eigenthum annimmt. Daneben zeigt allerdings der Gegensatz von körperlichen und unkörperlichen Sachen, der den Unterschied von Mobilien und Immobilien nicht mehr berücksichtigt, daß gerade das römische Leben frühzeitig weiter vorgeschritten war als unseres. Davon ist oben im Zusammenhang gesprochen worden; wir haben jetzt die umgekehrte Frage aufzuwerfen, ob die Abstraction in der That so ganz dem wirklichen Leben entsprochen habe oder ob sie nicht im Einzelnen durch mannichfache

Ausnahmen zu beschränken sei. Und hier zeigt sich, daß das römische Recht den Unterschied nur übersehen, nicht aufgehoben, daß es ihn vielmehr bis zu einem gewissen Grade hinterher doch wieder anerkannt hat. Natürlich ist die Rechtsbildung der theoretischen Abstraction vorausgegangen; die letztere constatirt nur, daß der Unterschied für den Rechtsbegriff selbst als unerheblich bei Seite gesetzt werden könne.

Schon für die ältere Zeit deuten manche Spuren auf eine verschiedene rechtliche Behandlung der Mobilien und Immobilien. Dahin gehört zunächst, daß bis zur Ausbildung des Formularprocesses (actio in rem per sponsionem) Grundstücke vermuthlich der Competenz des Centumviralgerichts vorbehalten blieben, während die Entscheidung über Mobilien schon seit der lex Pinaria einem Einzelrichter überlassen wurde. Ferner daß in dem Commercium wie es an Peregrinen verliehen wurde nur das Recht liegen konnte, Mobilien zu erwerben, nicht auch das commercium agrorum, wenigstens so lange die Verfassung mit dem Grundbesitz zusammenhing und die Bürgerschaft hiernach eingetheilt war.[41] Auch für die spätere Zeit hat der Unterschied fortgedauert und sich noch weiter entwickelt. Bewegliche Sachen wurden ursprünglich in Einem, unbewegliche in zwei, jene nach Justinian'schem Recht in drei, diese in zehn oder zwanzig Jahren ersessen. Eine weitere Verschiedenheit war die, daß man für Immobilien bei der Vindication und Mancipation von dem Erforderniß der Gegenwart der Sache abging, das Depositum bei ihnen ausschloß und durch heimliche Apprehension keinen Besitzerwerb und kein Furtum mehr eintreten ließ. Ebenso begründeten die Veräußerungsverbote, die Verschiedenheit der Interdicte und die besonderen Rechtsmittel, welche als Präventivschutz für das Grundeigenthum dienten (cautio damni infecti, interdictum quod vi aut clam, operis novi nunciatio) einen Unterschied. Dann vor Allem, daß es bei dem Eigenthum an Grundstücken gesetzliche Beschränkungen gab, die jeder Eigenthümer als solcher sich gefallen lassen mußte, daß mit Ausnahme der Personalservituten auch die vertragsmäßigen Eigenthumsbeschränkungen sich nur auf Grundstücke bezogen und nur an sol-

chen die Bestellung anderweiter dinglicher Rechte, der Superficies und Emphyteuse, möglich war.

So indifferent das Alles sich zum Begriff des römischen Eigenthums verhalten mag, es ist doch nicht abzuläugnen, daß der Inhalt der Eigenthumsbefugnisse bei Mobilien und Immobilien auch nach römischem Recht in der That ein verschiedener war, und daß die Abstraction des Begriffs an der Ungleichheit der Befugnisse, wie sie aus der natürlichen Ungleichheit der Sachen hervorging, nichts zu ändern vermochte.

Der große Gegensatz des römischen und deutschen Rechts soll damit freilich nicht abgeläugnet werden. Er könnte schon aus dem einzigen Umstand erhellen, wie bei der usucapio pro herede die Ersitzung von Grundstücken in Einem Jahr gerechtfertigt wird: da die zwölf Tafeln für Grundstücke eine zweijährige, für die übrigen Sachen eine einjährige Ersitzung vorgeschrieben hätten, müsse letztere auch für die in der Erbschaft vorkommenden Grundstücke gelten, weil die Erbschaft zu den übrigen gehöre und weder eine res soli, noch überhaupt körperlich sei.[42] Ein Deutscher würde umgekehrt geschlossen haben, daß die usucapio pro herede erst in zwei Jahren möglich sei, weil regelmäßig Grundstücke in der Erbschaft sich befänden, denen man ihr Vorrecht nicht entziehen dürfe. Das römische Recht konnte eben im Anschluß an die wirthschaftlichen Zustände das Eigenthum an Mobilien und Immobilien in der That der Hauptsache nach gleichstellen, während bei uns lange Zeit das ganze Vermögen wie das ganze Recht lediglich auf dem Grundeigenthum beruhte. Aber daneben ist doch nicht zu verkennen, daß die unbedingte Abstraction des römischen Rechts eben eine Abstraction blieb, die in der Anwendung wieder vielfach beschränkt werden mußte. Es kommt uns nicht in den Sinn, den Unterschied unseres älteren Rechts noch jetzt in der frühern Weise geltend machen zu wollen und die geschichtliche Entwicklung, die inzwischen auch bei uns eingetreten ist, zu übersehen; gleichwohl entspricht die Ungleichheit, wie sie das deutsche Recht bis auf die Gegenwart im Princip festhält, selbst dem modernen Leben besser als die römische Gleichstellung. Aus dem einfachen Grunde weil unser heutiges Leben, so unendlich gesteigert es im Vergleich zum

mittelalterlichen sein mag, doch immer eine Fortbildung des letztern, nicht des römischen ist.

Auch für die Geschichte des Eigenthums müssen wir die Klage wiederholen, die wir schon bei dem Besitz aussprachen, daß uns über die eigentliche Entwicklung des römischen Eigenthums, zumal in der ältesten Zeit nur wenig überliefert ist, und daß man sie bis jetzt so wenig wie die des Besitzes zum Gegenstand einer ausführlichen Untersuchung gemacht hat. Die Gegenwart hat sich wie es scheint wieder mehr von solchen historischen Untersuchungen abgewandt; man will lieber gleich mit den fertigen Begriffen des römischen Rechts construiren, statt sie in ihrer Entstehung zu verfolgen, ohne zu bedenken, daß sie erst dann mit voller Freiheit auf unsere Verhältnisse angewandt werden können, wenn wir ihre Functionen für die römischen genau kennen gelernt haben. Vorläufig sind wir wie bei dem Besitz auf einige allgemeine Sätze und im Einzelnen vielfach auf Vermuthungen angewiesen. Indeß schon was wir hiernach zusammen zu stellen haben genügt, um wenigstens den Beweis zu liefern, daß die Geschichte des römischen Eigenthums mehr auf einer äußern als auf einer innern Entwicklung beruht.

Während unsere Geschichte erst eine steigende Belastung, dann die allmähliche Befreiung des Grund und Bodens, und daneben die Ausbildung einer selbständigen Gewere an Mobilien aufweist, ist uns aus der römischen Rechtsgeschichte nichts Aehnliches bekannt. Erst in der Kaiserzeit wird auch in Italien der Grund und Boden mit Abgaben und Diensten beschwert, am Anfang aber steht die Freiheit des Eigenthums, eine Freiheit, wie wir sie kaum in der Gegenwart errungen haben. Diese gilt ebenso für Immobilien wie für Mobilien: von Anfang an erscheint das Eigenthum als absolutes Recht, ja es wurde in der Folge innerlich eher gemildert und beschränkt. Ebenso bedeutungsvoll war es, daß gleich anfangs ein vom Grund und Boden unabhängiges Eigenthum an Mobilien anerkannt wurde, das in überaus früher Zeit gleiche Berechtigung mit dem Grundeigenthum erhielt. Also ein gemeinschaftlicher Rechtsbegriff für beide, der durch die Verschiedenheit seiner Objecte nicht mehr berührt wird und soweit wir die Geschichte zurück ver-

folgen können schon in der ältesten Zeit ebenso intensiv ausgebildet ist wie später. Nur äußerlich, dem Umfang seiner Geltung nach, ist das alte Eigenthum beschränkter wie das spätere: es findet nicht Statt am Provincialboden, weil dieser im Eigenthum der Gemeinde steht, es gilt nicht für Fremde, weil sie nicht das Commercium haben, und es ist an bestimmte schwerfällige Erwerbsformen gebunden, die ebenfalls den Fremden unzugänglich sind. Im Uebrigen steht es dem jüngern, freien Eigenthum vollkommen gleich; es gewährt die nämliche Gewalt und genießt den gleichen Schutz wie das letztere.

Die eigenthümlichen Formen, in denen unser Grundeigenthum vielfach auftritt, wie namentlich das Familieneigenthum, das gemeinschaftliche und das getheilte, fehlen dem römischen Recht entweder ganz oder erscheinen als rasch beseitigte Uebergänge. Alles drängt zum Begriff des einfachen, freien und ausschließlichen Privateigenthums. Ein Familieneigenthum haben die Römer eine Zeit lang wohl auch in der Form des Gentileigenthums gehabt, aber es ist nicht die Familie in unserm Sinn, welcher das Eigenthum zugesprochen wird, sondern die weitere der Gens, die als politische Verbindung ein Vermögen hat, und dieses hatte auf die Bildung des Eigenthumsbegriffs nicht den geringsten Einfluß. Nicht in dem Eigenthum der Gentes, sondern in dem besondern Erbrecht der Sui zeigt sich eine Spur der ältern deutschen Auffassung, daß das Vermögen der Familie gehört und der Erbe schon bei Lebzeiten des Erblassers ein präsentes Recht hat.[43] Wälder und Gemeinweiden haben die Römer ebenfalls so gut wie wir gehabt, aber während sie bei uns Jahrhunderte lang als gemeine Mark oder Allmende erscheinen, gehen sie bei den Römern bald in das Eigenthum einer juristischen Person über und nehmen die Form des Staats- oder Corporationseigenthums an. Gewiß wurde der Ager publicus und das Gentilgut ursprünglich auch in Rom als gemeinschaftliches Eigenthum der Bürger oder Gentilen, nicht als Eigenthum eines davon verschiedenen, künstlichen Rechtssubjects aufgefaßt. Aber dafür daß es geschah, haben wir kaum einen andern Beweis als die Ausdrücke res publica, ager publicus und

ähnliche. Bei uns stehen sich Sammt- und Sondereigenthum, in Rom Staats- und Privateigenthum gegenüber. Beide waren in einem ganz ähnlichen Kampf begriffen: dort war es das Sondereigenthum, in Rom das Privateigenthum, was immer mehr Boden gewann, bis durch fortgesetzte Auftheilungen bei uns das Gesammteigenthum, hier das Staatseigenthum auf ein Minimum reducirt ward. Ein getheiltes Eigenthum dagegen, worauf bei uns die ganze Entwicklung des Mittelalters beruht, haben die Römer gar nicht gekannt; schon aus diesem Grund haben sie kein Mittelalter in unserm Sinn gehabt. Von den Colonatrechten der frühern Zeit, den agri vectigales und der spätern Emphyteuse darf billig abgesehen werden. Schmidt macht die gute Bemerkung, daß gerade die Emphyteuse, die später so allgemein verbreitet war, den klassischen Juristen die größten Schwierigkeiten bereitet habe, weil alle derartigen Besitzverhältnisse mit den ursprünglichen Anschauungen der Römer in Widerspruch standen.[44] Man konnte von dem einmal aufgestellten Begriff eines ausschließlichen Eigenthums, der durch die früh entwickelte Cultur bedingt war, nicht wieder los kommen. Die rasch fortschreitenden Verhältnisse hatten in der Zeit jugendlicher Entwicklung keine Theilung des Eigenthums zugelassen, und was der Jugend nicht vergönnt gewesen war, konnte das Alter nicht mehr nachholen.

So besteht die Geschichte des römischen Eigenthums nur in einer Erleichterung der Erwerbsformen und in der äußern Ausbreitung seines Gebiets. Die Schranken, welche das alte dominium ex iure Quiritium nach drei Seiten umgeben, fallen und es bildet sich ein neues, das nicht mehr blos innerlich, sondern auch äußerlich unbeschränkt dasteht: es ist nicht mehr an die Formen des Civilrechts gebunden und nimmt das Eigenthum der Peregrinen wie das am Provincialboden in sich auf. Anfangs wurden nur die civilen Erwerbsformen erweitert, dann als der Verkehr größere Verhältnisse annahm, setzte man ihnen andere ex iure gentium zur Seite, deren auch die Fremden fähig waren; dies neue Eigenthum schützte man bald ebenso wie das civile, im Falle eines Conflicts beider aber das erstere, das heißt das materielle dem blos

formellen gegenüber; zuletzt verschwand auch der Unterschied zwischen italischem und Provincialboden, und im Umfang des ganzen römischen Reichs galt wieder ein einziges Eigenthum, in freiester Beweglichkeit, für alle rechtsfähigen Personen und Sachen.

Es ist besonders die Geschichte der Erwerbsformen, die unsere Aufmerksamkeit fesselt. Sie zeigt uns am besten, wie rasch der Verkehr an Lebendigkeit und Ausdehnung zugenommen hat, immer freilich in den dem römischen Volk eigenthümlichen Beschränkungen.

Ursprünglich konnte das Eigenthum vermuthlich nur durch Injurecession in rechtsgültiger Weise übertragen werden: eine Legisactio mit gerichtlichem Zuschlag, ähnlich der deutschen Auflassung, doch ohne Beschränkung auf Immobilien. Gleich der Auflassung wurde sie auch zur Veräußerung von anderen Rechten gebraucht, wenigstens soweit dieselben Gegenstand der Vindication sein konnten; Ulpian erwähnt namentlich den Ususfructus, die Vormundschaft (tutela legitima), die Freiheit und die Erbschaft, letztere vor oder nach der Antretung. Ebenso war bei ihr Bestellung einer Servitut durch Deduction möglich, indem die Vindicationsformel einen beschränkenden Zusatz erhielt. Ein Unterschied zwischen ihr und der Auflassung liegt nur darin, daß sie als Vindication erscheint und mit dem Act des Empfängers, die Auflassung dagegen als Uebertragung des Rechts mit dem Act des Veräußernden beginnt; den Namen haben beide Institute von der Person des Letztern. Denken wir uns, daß es eine Zeit lang keine andere Form als die Injurecession gab, so stellt sich ein ähnlicher Zustand heraus wie im deutschen Alterthum: ein unendlich beschränkter Verkehr, kein Handel, und vor Allem eine große Stabilität des Grundbesitzes.

Neben die Injurecession trat bald die Mancipation, die in der uns vorliegenden Form jünger als die Klassenordnung ist, wenn anders die fünf Zeugen als Vertreter des Volks zu gelten haben, älter jedoch als die zwölf Tafeln, weil sie darin schon anerkannt wird.[45] Es war der erste Privatact für die Uebertragung des Eigenthums, viel bequemer wie die Injurecession und zugleich den einer privatrechtlichen Gewalt unterworfenen Personen zugänglich (Frauen, Haussöhnen und Sclaven), während sie darin wieder

unvollkommener ist, daß sie nur bei gewissen Gegenständen zulässig erscheint. Die Form selbst, eine traditio iuris in Gestalt eines symbolischen Kaufs (imaginaria venditio), gehört schon der Zeit des erwachenden Verkehrs an; ihre Beschränkung auf gewisse Gegenstände setzt noch die einfachen ältern Zustände voraus. Denn die Elemente des Symbols, Waage und Kaufpreis (raudusculum), deuten entschieden auf ein handeltreibendes Volk und sind wegen der Häufigkeit ihres Gebrauchs sogar bezeichnend für den Charakter der Römer überhaupt. Daß man aber blos einzelne bestimmte Sachen zu res mancipi machte und gerade solche, die nicht in den eigentlichen Waarenverkehr fallen, zeigt umgekehrt, wie weit man von einem wahren Handel noch entfernt war. In diesen scheinbaren Widersprüchen mag es liegen, daß man von jeher so große Schwierigkeiten in der Erklärung der res mancipi gefunden und ein historisches Räthsel aus ihnen gemacht hat. Höchst auffallend ist es allerdings, daß die Cardinalform des alten Civilrechts, die den ganzen Verkehr beherrscht und bei dem Nexum, der Coëmtio, der Hingabe der Kinder in eine fremde Gewalt und dem testamentum per aes et libram wiederkehrt, gerade für den wichtigsten Fall ihrer Anwendung auf gewisse Gegenstände beschränkt ist. Doch will uns bedünken, daß man die verschiedenen Fragen, die sich dabei aufdrängen, nicht genau genug auseinander gehalten habe; versuchen wir dies, so dürfen wir hoffen, der Sache vielleicht eher auf den Grund zu kommen. Zunächst fragt sich, wie die Form entstanden sein mag; dann, warum man nur für bestimmte Sachen neben der Injurecession eine andere Form einführte; und endlich, warum blieb man bei ihnen stehen und betrachtete ihr Gebiet als geschlossen, während der Verkehr doch sicher eine weitere Ausdehnung verlangte? Beginnen wir mit der zweiten Frage, die gewöhnlich allein aufgeworfen zu werden pflegt: nach dem ursprünglichen Grund der Beschränkung.

Die ältern Erklärungsversuche, daß es die für ein ackerbauendes Volk werthvollsten Gegenstände, oder das Landgut mit seinen Pertinenzen, oder die censirbaren Sachen gewesen, sind nur insofern unbefriedigend, als sie erklären wollen, warum man eine

besonders feierliche Form für ihre Veräußerung forderte, im Wesentlichen aber gleich richtig und zutreffend. Sie gehen von dem Verhältniß der Mancipation zur Tradition aus und übersehen dabei, daß zunächst ihr Verhältniß zur Injurecession in Betracht kommt, und dieser gegenüber die Mancipation nicht eine Erschwerung, sondern eine Erleichterung des Erwerbs enthielt. Die Meinung Puchta's dagegen, daß es die gewöhnlichen Gegenstände der Beute gewesen seien, berührt an sich den Grund gar nicht, weshalb man für sie eine neue Verkehrsform einführte.[16] Offenbar sind es die ältesten Verkehrsobjecte, welche bei einem ackerbauenden Volk vorkommen, Menschen und Vieh (familia pecuniaque), daher, wenn wir wollen, auch die wichtigsten und zugleich diejenigen, welche vorzugsweise Gegenstand der Beute sind. Es kommt indeß hier weniger auf ihren Werth wie darauf an, daß es Verkehrsobjecte, und zwar wenn nicht die ausschließlichen, doch weitaus die gewöhnlichsten waren: deshalb brauchte man für sie nicht eine besonders feierliche Form, die man in der Injurecession schon hatte, sondern eine bequemere. Zu diesem Zweck ging man zu einem Privatact über. Er blieb immerhin förmlich genug, um für ein einfaches Rechtsleben neben dem Erforderniß der Leichtigkeit zugleich das der Sicherheit des Erwerbs zu erfüllen.

Auch die Entstehung der Form ist leicht zu erklären, wiewohl hier wieder darüber gestritten wird, ob sie dem Verkauf aus der Beute nachgebildet oder anfangs ein wirklicher Kauf gewesen sei. Für die Ableitung aus der Beute hat man sich auf das Wort mancipium berufen, quod manu capitur, allein das Ergreifen der Sache, welches dem Act den Namen giebt, möchte sich viel einfacher daraus erklären, daß es überhaupt die sinnlichste Form des Erwerbs ist. Die Beute fiel zunächst in das Eigenthum des Staats und ging erst durch obrigkeitlichen Zuspruch auf die Einzelnen über; dabei könnte im Fall eines Verkaufs, wie später bei der Landanweisung, wohl eine Mancipation Statt gefunden haben, dann aber in diesem einzelnen Fall ihrer Anwendung nicht der Entstehungsgrund gefunden werden. Mit demselben Recht könnte man die Injurecession für eine Nachbildung des Verkaufs aus der

Beute erklären, weil beide die obrigkeitliche Addiction mit einander gemein haben. Es bleibt also nur die zweite Annahme übrig, daß die Mancipation ursprünglich ein wirklicher Kauf gewesen sei, und dafür möchte die Natur des Symbols selbst den stärksten Beweis liefern. Der Handel mit Erz und Wage ist in der ältern Zeit vor Einführung des Geldes bei allen Völkern natürlich, man wägt das bedungene Gewicht Erz oder Silber für die Waare ab, bis ein currentes Tauschmittel eingeführt ist, das nicht mehr gewogen, sondern nur gezählt zu werden braucht. Das letztere geschah in Rom durch die Decemvirn, während vorher das Kupfer — das in Italien gebräuchlichste Nutzmetall — in größern oder kleinern Stücken nach dem Gewicht umlief, ursprünglich formlos und roh (aes rude), später auch in gemarkten Barren (aes signatum). Es ist das primitive Geld, das gleichsam den Uebergang vom Tauschhandel zum Geldverkehr bildet, darin aber noch sehr unvollkommen, daß bei jedem Geschäft ein Zuwägen nöthig ist. Als nun mit der Einführung des Geldes Erz und Wage ihre frühere Bedeutung verloren, blieben sie als herkömmliche und einmal anerkannte Form für den Uebergang des Eigenthums bestehen. Das ist die Entstehungsgeschichte der meisten Symbole: was anfangs wesentlich ist, wird später zum äußern Gewand; der Inhalt schwindet, die Form bleibt zurück. Symbole werden nicht willkürlich ersonnen, sondern haben ihre geschichtliche Entwicklnng. Erscheint also später das Stückchen Erz, womit der Erwerber an die Wage schlug, als Surrogat des Preises, so liegt der Schluß auf der Hand, daß ursprünglich das Ganze ein wahrer Kauf gewesen und daß die Wage nur als Sinnbild des Eigenthumserwerbs beibehalten sei, nachdem es sich nicht mehr um ein eigentliches Zuwägen des Preises handeln konnte.[47] Auch die andern Anwendungen der Mancipation, mit Ausnahme des Testamentes per aes et libram, auf welches die Form erst übertragen ist, als Testamente häufiger wurden, lassen sich in diesem Sinn erklären: das Nexum als Selbstverkauf des Schuldners, die Mancipation der Hauskinder als Verkauf der väterlichen Gewalt, die Coëmtio als Kauf der Frau. Daß der Mann die Frau kauft und das Recht hat, seine Kinder

zu verkaufen, finden wir wie auf niederer Culturstufe überall so auch im römischen und deutschen Alterthum. Das Nexum erklärt sich aus der Strenge des altrömischen Schuldrechts, wofür bei andern Völkern ebenfalls Analogien sich finden. Damit wäre die Entstehung der Form und ihre Anerkennung als gültiger Erwerbsact für die ältesten Gegenstände des Verkehrs erklärt. Die fünf Zeugen vermittelten den Uebergang zum Privatact, der dadurch wenigstens eine gewisse Oeffentlichkeit beibehielt, sei es nun daß sie als Vertreter der fünf Klassen den Erwerb unter den Schutz des Volks stellten, oder als Zeugen schlechthin die Handlung zur solennen machten und ihren künftigen Beweis sicherten. Die feierlichen Worte „hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio“, womit die Formel des Käufers begann, waren nöthig, um den Verkehrsact der Klageform anzupassen, da nur mit diesen Worten vindicirt werden konnte. So war ja der ganze Act der Injurecession nichts weiter als eine zum Schein vorgenommene Vindication.

Schwieriger ist die Frage zu beantworten, warum man bei den bestimmten Sachen stehen blieb, um so mehr als wie es scheint einmal wirklich eine Ausdehnung Statt gefunden hat. Denn Alles deutet darauf, daß Grundstücke und Feldservituten erst später hinzugekommen sind: Erz und Wage waren hier kein so passendes Symbol wie bei Sclaven und Vieh, da der ererbte Besitz am Grund und Boden ursprünglich nirgends käuflich ist; das körperliche Ergreifen der Sache, das der Handlung den Namen gab, fiel hinweg; und was die Hauptsache ist, bei der Gebundenheit der alten Zustände fand ein Verkehr mit Grundstücken überhaupt nicht Statt, wohl aber mit den zu ihrer Bestellung nöthigen Arbeitskräften. Als sie in den Verkehr eintraten, lag es jedoch nah, die Form auf sie zu übertragen; was für die Pertinenzen galt, mochte man um so leichter auf die Hauptsache anwenden. Dafür aber, daß man nun dabei stehen blieb, oder daß die Sitte die Fähigkeit zur Mancipation, die ursprünglich nicht für Sclaven und Vieh allein galt so lange die Mancipation noch ein wirklicher Kauf war, auf sie beschränkte, lassen sich verschiedene Gründe denken. Entweder

man wollte, nachdem die Grundstücke hinzugekommen waren, nicht wieder auf Mobilien überspringen, da die res mancipi jetzt in der That einen geschlossenen Kreis von Gegenständen bildeten: das Landgut und was zu seiner Bewirthschaftung gehörte. Oder man wollte den Verkehr mit Luxusartikeln, kostbaren Gewändern, Gold, Silber und dergleichen, absichtlich beschränken. Oder endlich, und dies möchte das Wahrscheinlichste sein, man hatte sobald ein eigentlicher Handel entstand bereits angefangen, für dessen Objecte sich der einfachen Tradition zu bedienen, so daß eine weitere Ausdehnung der Mancipation überflüssig war. Vielleicht haben die beiden letzten Gründe zusammen gewirkt; doch scheint der dritte schon für sich allein ausreichend. Denn die bloße Uebergabe als Erwerbsform (traditio corporis) ist so alt als der menschliche Verkehr, und für den internationalen Handel giebt es eben keine andere Form: auch der Römer mußte sich bequemen, von Fremden Waaren gegen bloße Uebergabe zu kaufen, da die civilrechtlichen Acte, Injurecession und Mancipation, nicht anwendbar waren.

In der Folge entstand denn auch der herkömmliche Grundsatz, daß bei res nec mancipi, das heißt denjenigen, die nicht zu den Objecten des altrömischen Verkehrs gehörten, schon die einfache Tradition quiritisches Eigenthum verschaffe. Die Mancipation, welche anfangs als Erleichterung des rechtsgültigen Erwerbs eingeführt war, erschien nun als Beschränkung desselben; die ihr unterworfenen Sachen konnten jetzt wirklich als die für die ältere Zeit werthvollsten angesehen werden, deren Besitz man besonders habe schützen wollen.[48] Der Grundsatz muß zu einer Zeit entstanden sein, als die Objecte des römischen Eigenthums sich erweiterten, nicht mehr allein die ältern res mancipi, sondern auch andere zu gewöhnlichen Gegenständen des Vermögens wurden, kurz als das Volk seine frühere einfache Lebensweise verließ. Genauer läßt sich die Zeit nicht bestimmen; nehmen wir an, daß der Satz zu Cicero's Zeit bereits entschieden war,[49] so dürfen wir seinen Ursprung wohl bis auf die Zeit des zweiten punischen Krieges zurückverlegen, und dies wird durch die allgemeine Entwicklung, die in Folge desselben eintrat, ganz gut bestätigt.

Mit der Tradition des res nec mancipi wurde die Zahl der civilrechtlichen Erwerbsformen geschlossen: gleichzeitig oder etwas später trat eine Erweiterung des Eigenthums selber ein, indem man zur Vindication kein quiritisches Eigenthum mehr verlangte. Durch die kurze Usucapion von einem oder zwei Jahren wurden die civilrechtlichen Erwerbsformen vortrefflich ergänzt. In ihrer doppelten Function, einen formell oder materiell mangelhaften Erwerb in quiritisches Eigenthum zu verwandeln, bildete sie das Complement der alten schwerfälligen Erwerbsformen und gestattete bereits in diesen eine gewisse Lebendigkeit und Beweglichkeit des Verkehrs.

Als derselbe indeß mit den großen Eroberungen einen ganz andern Umfang annahm und sich nicht mehr wie früher vorzugsweise zwischen Römern und Römern, sondern zwischen Römern und Fremden bewegte, reichte man mit einer bloßen Fortbildung der civilen Erwerbsformen nicht aus. Man mußte deren Schranken durchbrechen und auch da Eigenthum anerkennen, wo das alte Recht ein solches ausschloß. So entstand ein neues Eigenthum, das zunächst nur auf prätorischem Schutz beruhte, bald aber das ältere ganz absorbirte. Zweierlei scheint dabei Hand in Hand gegangen zu sein. Einmal daß neben den civilen andere Erwerbsarten anerkannt wurden, die auch Nichtrömern zugänglich waren (occupatio, traditio, praescriptio), und sodann daß selbst die Römer mancipationspflichtige Sachen immer häufiger durch bloße Tradition zu erwerben pflegten. Wie man allgemeine Erwerbsarten ex iure gentium aufstellte, so kam man in Folge davon auch für die Römer zu einem materiellen Eigenthum neben dem formellen. Denn die Erweiterung, die wesentlich im Interesse der Römer erfolgte, konnte diese doch nicht schlechter stellen als die Fremden.

Soweit war man etwa bis zur Zeit des Gajus gelangt; damals war es noch unentschieden, ob die Tradition einer res mancipi volles Eigenthum verschaffe. Nehmen wir an, daß die Bonorum Possessio zu Cicero's Zeit bereits ausgebildet war, da er aus ihrer Verletzung eine Anklage gegen Verres macht, daß die exceptio rei venditae et traditae, die gegen den quiritischen

Eigenthümer gegeben wird, welcher eine mancipationspflichtige Sache verkauft und nur tradirt hat, schon den Vindicationsproceß in seiner jüngsten Gestalt mit formula petitoria voraussetzt, diese aber erst um das Jahr 100 vor Christo nachweisbar ist, so werden wir auf das letzte Jahrhundert der Republik als auf die Zeit der eigentlichen Entwicklung hingewiesen. In dieser Zeit muß es Sitte geworden sein, im Handel und Wandel statt der Mancipation nur Tradition zu fordern, und hierfür stellte der Prätor die neue Klage auf (Publiciana), die gegen jeden Besitzer ging, der ein geringeres Recht hatte als der Kläger; Kauf mit bloßer Tradition war im Edict besonders genannt, offenbar weil es der älteste und wichtigste Fall war, wo das Civilrecht einer Aenderung bedurfte. Sicherlich erfolgte dieselbe zuerst nur durch die prätorische Formelbildung, Schritt vor Schritt, wie das Bedürfniß es erheischte. Erst gab der Prätor gegen den Verkäufer selbst die exceptio rei venditae et traditae, dann legte man ihr dingliche Wirkung bei und gab sie auch gegen einen vindicirenden Dritten, dann wurde für den unförmlichen Erwerber eine eigne Klage eingeführt und diese gegen den Verkäufer durch replicatio rei venditae et traditae geschützt, dann wurde das gleiche Recht auch dem zugeschrieben, dem der unförmliche Erwerber weiter verkaufte und tradirte. Der Punkt, von wo aus der Anschluß an das alte Civilrecht erfolgte, war die Fiction einer vollendeten Ersitzung, so daß sich aus der ersten Function der Klage, Schutz eines unförmlichen Erwerbs, unmittelbar eine zweite ergab, Schutz der bonae fidei possessio überhaupt, also auch eines materiell ungültigen Erwerbs, zum Beispiel von einem Nichteigenthümer, hier natürlich nur gegen einen Minderberechtigten. Diese zweite Function hat sich als später die erste erlosch allein erhalten.[50]

Nachdem sich nun als Resultat dieser neuen Rechtsbildung herausstellte, daß der unförmliche Erwerber als Kläger wie als Beklagter gegen den bloß förmlichen Eigenthümer immer die Oberhand behalte, mußte ihm die Theorie, da das Eigenthum schon das höchste Recht war, als Grund seines Rechts ebenfalls Eigenthum zuschreiben, und zwar das wirksame gegenüber dem unwirk-

samen. Sie unterschied daher ein materielles Eigenthum oder das in bonis esse und ein formelles oder das Eigenthum ex iure Quiritium, das sich im Widerstreit mit dem erstern zu einem nudum ius gestaltete.[51]

Indem man so zu einem doppelten Eigenthum gelangte, war es natürlich, alle möglichen Erwerbsarten unter die eine oder andere Kategorie zu bringen und sie entweder auf das Jus civile oder das Jus Gentium zurückzuführen, auch die welche gar nicht auf einer Uebertragung beruhten. Die Eintheilung der Erwerbsarten ex iure gentium und civili wurde damit eine erschöpfende und scheinbar ausschließliche, obwohl ein Theil derselben beiden Rechten gemeinschaftlich, insbesondere die originären auch schon dem Civilrecht bekannt gewesen waren. Denn es kann selbst unter den einfachsten Verhältnissen kein Recht gedacht werden, das für den Erwerb des Eigenthums nur Uebertragung und Ersitzung zuließe. Bei allen gehörte aber die Ausbildung erst der klassischen Jurisprudenz an, und diese stellte sie soweit es thunlich war sämmtlich unter das Jus Gentium, weil das freie Eigenthum damals bereits das herrschende war und durch die Wissenschaft noch mehr wurde. So erklärt sich, weshalb das alte Civilrecht jetzt lückenhaft aussieht; dennoch hat es für seine Zeit gewiß so wenig Lücken gehabt wie das Jus Gentium für die spätere. Von der Tradition ist es ausdrücklich bezeugt, wie wir sahen, daß sie für die nicht mancipationspflichtigen Sachen schon als civile Erwerbsform galt, allein ebensowenig können die andern Erwerbsarten des Jus Gentium, Occupation, Accession, Specification, Erwerb der Früchte durch Trennung von der Hauptsache, dem Jus civile fremd gewesen sein.

Für den civilen Ursprung der Regel superficies solo cedit, wovon der Fruchterwerb durch Separation eine weitere Consequenz ist, haben wir sogar ein bestimmtes Zeugniß: superficiarias aedes... quarum proprietas et civili et naturali iure eius est cuius et solum.[52] Und daß der Eigenthümer an seinen Früchten durch Trennung selbständiges Eigenthum erwirbt, wird wie es scheint schon von den zwölf Tafeln vorausgesetzt, indem sie den Nachbarn

verpflichten, das Auflesen zu gestatten; nicht umgekehrt wie Puchta will, daß die Vorschrift erst ihre volle Bedeutung gewinne, weil durch Erzeugung allein ursprünglich kein Eigenthum entstanden sei. Bei der weitern Ausdehnung der Diebstahlsklage mochte freilich die Vindication hier ziemlich unpraktisch sein, allein damit daß sich in einem besondern Fall kein Anlaß zu ihrem Gebrauch fand, fällt nicht das Eigenthum selbst hinweg. Auch der Nutznießer und Pächter erlangen quiritisches Eigenthum an ihren Früchten, wenn diese nicht mancipationspflichtig sind; denn der Erwerb wird bei ihnen durch stillschweigende Uebergabe von Seiten des Eigenthümers vermittelt gedacht, so daß ein vergängiger Erwerb des letztern zu unterstellen ist.[53] Selbst die Specification oder der Erwerb durch Verarbeitung möchte älter sein als es scheint: er deutet auf eine Zeit, in der Handwerk und Industrie, wenn auch in Gestalt unfreier Sclavenarbeit, schon einige Bedeutung hatten, und das war eben in Rom frühzeitig der Fall. An eine Begünstigung derselben braucht man dabei durchaus nicht zu denken. Am natürlichsten aber war es, die Occupation herrenloser Sachen, von der Erbeutung im Krieg ganz abgesehen, schon nach altrömischem Recht als Erwerbsart anzuerkennen; wollte man annehmen, daß sie als solche nur dem Jus Gentium, nicht auch dem Jus civile bekannt gewesen, so würden wir die Sache nahezu auf den Kopf stellen.

Nur führte bei alle diesen Erwerbsarten lange Zeit noch kein Bedürfniß zu einer weitern theoretischen Ausbildung. Daß der Jäger am erlegten Wild, der Hirt an den gebornen Jungen, der Bauer an den gezogenen Früchten Eigenthum erwerbe, war zu natürlich, als daß es einer besondern Bestimmung bedurft hätte. Der Fortschritt bestand also nur darin, daß die verschiedenen Erwerbsarten durch die Wissenschaft begrifflich entwickelt und gleich den jüngern Verkehrsformen auch auf die Fremden erstreckt wurden. Aber wenn man sie jetzt auf die allgemeine Natur der Sache (naturalis ratio) zurückführte, so ist dabei nicht zu vergessen, daß die Art wie dies geschieht doch wieder ächt römisch ist. Sie erhielten eben, gleich dem Erwerb durch Tradition, eine tiefere Begründung, es entstand eine allgemeine Theorie des Eigenthums-

erwerbs, und diese wurde dem fortgeschrittenen römischen Leben auf das Trefflichste angepaßt. Vor Allem waren es gerade die, bei denen das Eigenthum einer Sache aus innern Gründen das einer andern zur Folge hat, die Lehre von der Accession, Specification, dem Fruchterwerb, welche auf das Feinste und Künstlichste ausgebildet wurden. So unterschied man zufällige und absichtliche, äußere und innere Verbindung, Verbindung und Verarbeitung; für alle Fälle stellte man besondere Regeln auf, so richtig und sachgemäß, daß sie uns jetzt beinah selbstverständlich vorkommen. War die Verbindung eine rein äußere, so nahm man gar keine Eigenthumsveränderung an, war sie eine innere, so ließ man Miteigenthum eintreten, war aus eignem und fremdem oder nur aus fremdem Stoff eine neue Sache entstanden, so fand Erwerb durch Verarbeitung Statt. Auch hier haben die Juristen keine allgemeinen Begriffe und Definitionen an die Spitze gestellt, sondern mit praktischem Blick und gesunder Logik dem fortschreitenden Leben gemäß entschieden. Darum sind für uns weniger die Entscheidungen selbst, als ihre Gründe und Motive maßgebend; wir bleiben nicht bei dem Buchstaben des Rechts stehen, sondern suchen statt einer mechanischen Anwendung eine höhere, rationelle daraus abzuleiten. Wie dies möglich sei, wird zum Beispiel gerade bei der Specification und den unzähligen dafür angegebenen Beispielen einleuchtend: wollten wir hier nicht ebenso nach unserm Bedürfniß, wie die Römer nach dem ihrigen entscheiden, so würden wir in der That den Geist des römischen Rechts vollständig verkennen.

Civile und naturale Erwerbsarten sind daher keine ausschließenden Gegensätze, nur daß die letztern erst später ins Bewußtsein traten und von der Wissenschaft weiter entwickelt wurden. An und für sich können sie ebensogut schon dem alten Civilrecht angehören, selbst wenn sie dieses gar nicht erwähnt, weil später kein Grund mehr dazu vorhanden war. Oder sie bezeichnen einen Ersatz desselben, wo die civilen Formen aus irgend einem Grunde unzulässig waren. Im ersten Fall galten sie zum Theil wenigstens von Anfang an auch für die Römer, soweit sie nämlich schon dem ältern Leben nothwendig waren, im zweiten blieben die Römer

noch eine Zeit lang an ihre besondern Formen gebunden, bis die steigende Entwicklung die Fesseln löste und die jüngern Verkehrsformen zu allgemeinen machte.

Das ius Quiritium, das zuerst ein Vorrecht war, erschien am Ende nur als Beschränkung des Eigenthums. Der einzige erhebliche Unterschied war schließlich der, daß der quiritische Eigenthümer einen Sclaven durch Freilassung zum Civis, der bonitarische zum Latinen machte; mit dem Untergang der Latinität verschwand er ebenfalls. Im neuesten Recht gab es wie im ältesten wieder nur ein einziges Eigenthum. Dies ist in Bezug auf Subjecte, Objecte und Erwerbsformen von den Schranken des alten Rechts befreit, ein materielles statt eines formellen, aber es ist seinem innern Charakter nach von dem ursprünglichen Dominium ex iure Quiritium durchaus nicht verschieden.

So hatte der derivative Eigenthumserwerb zuletzt alle Förmlichkeiten abgestreift: für Mobilien und Immobilien wurde nichts weiter als die einfache Tradition verlangt, ein reiner Privatact ohne Zeugen oder sonstige Solennität. Die unbedingte Verkehrsfreiheit hatte auch die Formen der Eigenthumsübertragung ergriffen, bis zu einem Grade, daß nach unsern Begriffen wieder die Sicherheit des Verkehrs gefährdet war. Die principielle Gleichstellung der Grundstücke und Mobilien, oder anders ausgedrückt die Mängel des römischen Lebens, hatten es zu keiner innern Entwicklung des Eigenthums kommen lassen; so konnte auch seine Geschichte in nichts Anderm als in einer Erleichterung der Erwerbsformen bestehen. So fein die Theorie den Eigenthumserwerb entwickelt hat, die vorzeitige Mobilisirung des Grundeigenthums führte doch zu einer Reihe von Uebelständen, die gerade der ausgebildete Verkehr der spätern Zeit drückend empfand. Trotz aller Feinheit der römischen Theorie hatte das deutsche Recht in seiner gerichtlichen Auflassung und der darauf ruhenden Sicherheit des Grundbesitzes wie des Credits einen Vorzug, welchen das römische durch nichts ersetzen konnte; er war es, der unserm Sachenrecht die Möglichkeit einer höhern und reichern Ausbildung gewährte. Wie es scheint führte ein ähnliches Bedürfniß zuletzt auch im römischen Reich.

dahin, daß man förmliche Bücher für das Grundeigenthum anlegte und den Uebergang desselben aus einer Hand in die andere darin eintrug.[54] Aber es geschah zu einer Zeit, als die Entwicklung vollendet und keine Abhülfe mehr möglich war. Eine Bedeutung wie unsere Auflassung konnte die römische Eintragung nicht mehr gewinnen; auch hier blieb es dem deutschen Volk vorbehalten, da anzufangen wo das römische aufhörte.

Noch auf einen andern Mangel, der mit einer eigenthümlichen Beschränkung des römischen Lebens zusammenhängt, muß an dieser Stelle aufmerksam gemacht werden. Zeigt uns der entfesselte Handel und Verkehr der spätern Zeit eine solche Leichtigkeit in der Uebertragung des Eigenthums, daß nothwendig die Sicherheit desselben darunter litt, so finden wir umgekehrt diejenigen Erwerbsarten wenig oder gar nicht ausgebildet, welche auf der productiven Thätigkeit des Ackerbaues und Gewerbfleißes beruhen. Alles Eigenthum geht schließlich aus menschlicher Arbeit hervor, ein Satz, den man nicht einmal rechtsphilosophisch zu begründen braucht, um seine Richtigkeit einzusehen. Eigenthum ist wirthschaftlich gesprochen Capital, und wie das Capital nichts weiter als ein aufgespartes Product früherer Arbeit ist, so auch das Eigenthum. In modificirter Weise gilt das sogar vom Eigenthum am Grund und Boden: was diesem wirthschaftlichen Werth verleiht, ist nicht die natürliche Fruchtbarkeit an sich, die vorläufig nur eine latente Kraft ist, sondern die menschliche Cultur, das heißt die dem Boden zugesetzte Arbeits- und Capitalmenge, wodurch die latente Kraft entbunden wird. Erst hierdurch wird er gleichsam capitalisirt, er nimmt Tauschwerth an und liefert eine um so größere Rente, je mehr Cultur und Bevölkerung zunehmen und auch minder ergiebiger Boden herangezogen werden muß. Dann erst gelangt die Bodenfruchtbarkeit zu ihrer vollen Wirkung.

Damit ist nun durchaus noch nicht gesagt, daß ein Recht je den Satz aufstellen könnte, wer durch seine Arbeit irgend etwas producire, gewinne Eigenthum daran. Denn es kommt zunächst auf das gegebene Eigenthum am Grund und Boden oder an den Gegenständen an, auf welche unsere Arbeit gerichtet ist. Frei

schaffen kann der Mensch nirgends, zuerst wird immer ein Object, ein Stoff vorausgesetzt, womit er arbeitet, ein Grundstück, das er baut und von welchem er Früchte zieht, Rohmaterial, das er umformt und für unsere Bedürfnisse brauchbar macht. Auf diese wirthschaftliche Voraussetzung muß das Recht Rücksicht nehmen. Es kann so wenig von ihr abstrahiren wie die productive Thätigkeit selber, es muß sie vielmehr ebenfalls zur Grundlage machen und dann unter Berücksichtigung des hinzukommenden Factors der Arbeit im Einzelnen bestimmen, unter welchen Bedingungen ein Eigenthumserwerb eintreten soll und unter welchen nicht. Allein in der Art und Weise, wie dies geschieht, das vorhandene Eigenthum und die wirthschaftliche Production mit einander combinirt werden, ist eine große Verschiedenheit möglich. Ein Volk, bei welchem sich der productive Factor der Arbeit überhaupt nur unvollkommen entwickelt, wird ihr auch im Recht nur eine geringe Aufmerksamkeit schenken, ein anderes, dessen gesammte Cultur auf einer immer intensiver werdenden Arbeit ruht, muß ihr im Recht bei weitem mehr Bedeutung beilegen. Leist hat neuerdings die beiden für das Eigenthum wichtigen Momente ganz treffend mit den Ausdrücken Substantial- und Arbeitsprincip bezeichnet; natürlich ist die Sache nicht so zu denken, daß das eine oder andere ausschließlich zur Anwendung kommen könnte, vielmehr handelt es sich nur darum, ob ein Volk den Eigenthumserwerb durch productive Arbeit weniger oder mehr zur Geltung bringt. Jenes war bei dem römischen, dieses bei dem deutschen Volke der Fall: der tiefere Grund liegt wieder darin, daß im Alterthum die Sclaverei die Entwicklung der Arbeit unterdrückte, uns dagegen seit dem spätern Mittelalter die volle Befreiung und sittliche Anerkennung derselben gelang.

Deshalb finden wir im römischen Recht die Arbeit als selbstständigen Erwerbsgrund wenig oder gar nicht ausgebildet, während das deutsche sie merkwürdiger Weise von Anfang an als solchen anerkennt. Schon in den alten Volksrechten finden wir daher Bestimmungen über Eigenthumserwerb durch Aufzucht von Thieren, Verfertigung von Sachen und dergleichen, oder es werden

diese Gründe wenigstens bei dem Beweis des Eigenthums als entscheidend zugelassen, so daß der Besitzer sich dadurch gegen die Klage des Vindicanten schützen kann. Bei dem Fruchterwerb unterscheiden wir nicht wie das römische Recht zwischen dem Eigenthümer (bonae fidei possessor, Emphyteuta) und dem Nießbraucher oder Pächter, sondern wir stellen den Satz auf, daß derjenige den Anspruch auf die Früchte habe, der die zur Ernte nothwendige Arbeit und Cultur aufgewandt hat. Damit fallen sowohl die Unterschiede zwischen Separation und Perception, wie die verschiedene Ersatzpflicht des bonae fidei und malae fidei possessor als unwesentlich hinweg; es kommt viel weniger auf die Trennung der Früchte von der Hauptsache und den guten oder schlechten Glauben des Besitzers wie darauf an, daß dieser bereits die Bestellung der Grundstücke vorgenommen hat. Hiernach wird bei einer Trennung des Lehens vom Allod, der Fideicommiß- und Erbgüter und in ähnlichen Fällen verfahren. Vor Allem aber zeigt sich das deutsche Princip bei dem Eigenthumserwerb durch Besserung, ein von der neuern Jurisprudenz lange nicht genug gewürdigter Begriff. Die Besserung oder mit andern Worten jeder dem Grundstück durch Arbeit und Capital zugesetzte Werth fällt überall wo ein Recht zur Besserung vorhanden ist in das Vermögen dessen, der sie hervorbringt, beziehungsweise in das seiner Erben, gleichviel unter welchem Rechtstitel er das Grundstück besitzt. Auf diesem Erwerb der Besserung ruht unsere ganze heutige Eigenthumsentwicklung, die Allodification der Lehen, die Verwandlung der bäuerlichen Leihen in Eigenthum, die Ablösung der Grundlasten, das Eigenthum der Häuser in den meisten Städten, kurz die gesammten Besitzverhältnisse der Gegenwart. In demselben Maße, in welchem allmählich die von Geschlecht zu Geschlecht fortgesetzte Besserung den ursprünglichen Werth des geliehenen Bodens überwog, verdichtete sich auch das Recht daran zu einem wahren Eigenthum, während das Recht der Grundherrschaft zu einer bloßen Belastung des Eigenthums mit Diensten und Abgaben zusammenschrumpfte, bis endlich die letztern geradezu

abgelöst werden konnten und das früher getheilte Eigenthum wieder zu einem einfachen, ungetheilten wurde.

Das römische Recht dagegen hat viel zäher am Substantialprincip festgehalten, wie es einmal der absoluten Natur des römischen Eigenthums und vor Allem der geringern Bedeutung der wirthschaftlichen Arbeit entsprach. Das Eigenthum erscheint von Haus aus als fertiger und abgeschlossener Begriff, fast möchte man sagen seine Entwicklung sei schon in vorgeschichtlicher Zeit vollendet, darum aber konnte später keine weitere mehr eintreten, um so weniger als es in der Folge weder zu einer höhern Bodencultur, noch zur Bildung eines besondern Handels- und Gewerbsstands kam. Wie die Cultur innerlich dieselbe blieb, so auch das Eigenthum; nie hat ein Aufkommen neuer grundbesitzender Stände Statt gefunden, an welches wie bei uns eine naturgemäße Umwandlung der Besitzverhältnisse geknüpft gewesen wäre. Wohl finden sich einzelne Spuren von einem originären Eigenthumserwerb durch Production, wie in der Lehre von der Specification, bei dem Fruchterwerb des bonae fidei possessor, in der Besserung bei der Emphyteuse, aber sie sind im Ganzen doch nur unbedeutend im Vergleich zu der allgemeinen und durchgehenden Berücksichtigung, welche die Arbeit im deutschen Recht gefunden hat. Es ist viel weniger die freie Arbeit als die der Sclaven, und nicht die eigentliche Arbeit (labor), sondern die Dienste (operae), was gelegentlich hervorgehoben und beachtet wird. Ja Leist macht die sehr richtige Bemerkung, daß die volle Entfaltung des Substantialprincips nur möglich gewesen sei, weil die Production nicht ihre natürliche Anerkennung im Recht gefunden habe. Wir dürfen hinzufügen, daß sie eine solche gar nicht finden konnte, weil sie eben im wirthschaftlichen Leben nicht zu ihrer natürlichen Anerkennung gelangt war. Und so ist denn auch gar nicht zu bezweifeln, daß die ganze römische Theorie vom Eigenthumserwerb durch Veränderung (Verbindung, Accession, Specification, Fruchterwerb) zunächst nur auf einer logischen Entwicklung, auf den Consequenzen des römischen Eigenthumsbegriffs beruht. Allerdings nicht so, daß die klassischen Juristen bei der Durchbildung ihrer Theorie sich in Widerspruch

mit dem römischen Leben gesetzt und die Fortschritte desselben unbeachtet gelassen hätten. Im Gegentheil ist bei ihnen hier wie überall die logische Operation nur Mittel zum Zweck, nicht Selbstzweck, sie wollen den praktischen Bedürfnissen dienen, nicht diese mit abstracten Regeln binden und fesseln. Aber eine Begünstigung der Industrie, eine unmittelbare Berücksichtigung der Arbeit, wie sie Neuere namentlich in der Lehre von der Specification haben finden wollen, lag ihnen gewiß sehr fern. Nirgends erscheint die Arbeit direct als Erwerbsgrund des Eigenthums anerkannt; das neue Recht, welches die Proculianer aufstellten, wird ebenso durch innere Folgerung an das alte angeschlossen, wie die Sätze, an denen die Sabinianer festhalten wollten: es wird vermittelt durch eine Begriffsbestimmung der Sache, ob wirklich in Folge der Verarbeitung die alte Sache untergegangen und eine neue entstanden, oder ob der Begriff der alten noch fortdauere und nur eine Modification derselben eingetreten sei. Gerade weil die Juristen ihre Theorie im engsten Anschluß an die römischen Zustände ausgebildet haben, konnten sie nicht über dieselben hinausgehen und der Cultur voraneilen. Sie blieben nicht hinter ihr zurück, aber es kam ihnen ebensowenig in den Sinn, Rechtssätze aufzustellen, die für eine höhere Entwicklungsstufe als die römische passend gewesen wären.[55]

Zeigt uns die Geschichte des Eigenthums von Anfang bis zu Ende den wesentlich gleichen Eigenthumsbegriff, so werden wir zu einer um so eingehendern Prüfung aufgefordert, ob derselbe in dieser Weise wirklich bei uns praktisch geworden ist, oder ob seine Anwendung nur auf einer Täuschung beruht, wobei wir unsere Grundsätze in das römische Recht hineintragen. Denn daß dasselbe die deutschen Grundsätze überall verdrängt habe, wird Niemand im Ernst behaupten wollen, so sehr wir auch von der materiellen Vortrefflichkeit der fremden durchdrungen sein mögen. Gleichwohl ist es seit den Arbeiten Duncker's über die Reallasten und das Gesammteigenthum fast Mode geworden, eine Uebereinstimmung beider Rechte in der Lehre vom Eigenthum zu behaupten, sei es um damit freie Bahn für die Anwendung des römischen zu machen

oder um eine vermeintliche Ehrenrettung des deutschen zu versuchen. Kein größerer Irrthum aber kann gedacht werden; unser Eigenthum kann so wenig das römische sein, als unsere Cultur eine römische ist. Die Aufgabe ist also umgekehrt, zunächst den Gegensatz beider Rechte festzustellen. Daraus wird sich von selbst ergeben, ob und in wie fern wir im römischen einen Fortschritt gegen das deutsche erblicken dürfen.

Zwei wesentliche Merkmale sind es, welche dem römischen Begriff zu Grunde liegen: einmal daß nur an körperlichen Sachen Eigenthum möglich ist, und sodann daß es eine absolute Herrschaft über sein Object gewährt. Das Erste ist die Voraussetzung des Zweiten, dieses wieder ein Grund, daß man bei körperlichen Sachen stehen bleiben mußte: die Beschränkung auf solche machte die Annahme einer totalen Gewalt erst möglich, die letztere konnte dann später nicht mehr auf unkörperliche übertragen werden. Daraus folgte zugleich, daß das Eigenthum überall das nämliche Recht war, das durch die Verschiedenheit seiner Objecte nicht weiter berührt wurde.

Was den ersten Punkt betrifft, so gab es davon nur zwei Ausnahmen: die Vindication eines Inbegriffs zusammen gehöriger Sachen (universitas rerum) und das Bruchtheileigenthum (das condominium der Neuern). Die erste ist nur scheinbar. Sie bestand lediglich darin, daß man aus praktischen Gründen gestattete, mehrere Sachen, welche ein Ganzes bildeten, wie zum Beispiel eine Heerde, bei der Vindication zusammen zu fassen; es wäre nicht bloß unbequem, sondern oft auch unzureichend gewesen, wenn man alle einzelnen Stücke besonders hätte einklagen müssen. Erheblicher ist die zweite Ausnahme. Da kein gemeinschaftliches Eigenthum nach römischen Begriffen möglich war und doch eine Form aufgestellt werden mußte, in der Mehrere zugleich am Eigenthum einer Sache participiren, nahm man unkörperliche Theile an derselben an, deren jedes Object eines Sondereigenthums sein sollte. Die Verbindung der Eigenthümer lag also nur in einem persönlichen Verhältniß oder der Communio, die eine nothwendige Folge von der Einheit der Sache war, nicht in einer Gemeinschaft des Eigenthums oder des dinglichen Rechts selbst. Indem man aber

nicht die Sache als Object eines gemeinschaftlichen, sondern jeden Theil als Object eines besondern Eigenthums ansah, ließ man im Grund ein Eigenthum an unkörperlichen Sachen zu. Auf jeden Fall mußte man entweder von der Ausschließlichkeit oder von der Beschränkung des Eigenthums auf körperliche Objecte abgehen. Wie es scheint haben die Römer das Letztere vorgezogen, jene festgehalten und über diese sich in einem einzelnen Falle hinweggesetzt. Doch dürfen wir derartige Folgerungen nicht auf die Spitze treiben, da die Römer überall wo es sich um ein praktisches Bedürfniß handelte, nach bloßen Rechtsconsequenzen wenig gefragt haben. Der nächste Zweck ihres Rechts war immer der, dem Leben eine passende Form zu schaffen. Da dieses eine Art Miteigenthum nicht entbehren konnte, mußte man sich auf irgend eine Weise mit den Consequenzen des Rechtsbegriffs abfinden.[56]

Von diesen Ausnahmen abgesehn, blieb man bei der Regel, daß nur körperliche Sachen Gegenstand des Eigenthums seien. Das ging sogar soweit, daß das Eigenthum wie wir sahen mit ihnen identificirt und selbst als körperlich angesehen wurde. So trat es, weil es nur an körperlichen Objecten möglich war, allen andern Rechten gegenüber; mehrere Stellen sprechen den Gegensatz wirklich in dieser Schärfe aus.[57] Wir brauchen wohl auch gelegentlich das Recht für die Sache und die Sache für das Recht, aber es ist uns doch nie eingefallen, das Eigenthum mit seinem Object zu identificiren. Das konnte der Römer allein, weil ihm das Eigenthum nicht bloß ein Recht wie andere auch, sondern die Totalität aller möglichen Rechte an der Sache war. Natürlich haben die Römer so wenig wie wir daran gedacht, daß das Recht nur Sache, die Sache nur Recht sei, indeß bleibt es auffallend genug, daß ein juristisch gebildetes Volk wie das römische selbst in der spätern Zeit kaum über den ältern Sprachgebrauch hinausgegangen ist.

Es war eben später so wenig wie früher ein Bedürfniß zu einer begrifflichen Scheidung des Eigenthums von seinem Object vorhanden. Der Grund dafür liegt einfach darin, daß es in Rom keine unkörperlichen Dinge gab, auf welche der Begriff des Eigen-

thums hätte angewandt werden können: öffentliche Rechte fielen gar nicht unter den Begriff desselben, eine Entwicklung selbständiger Rechte am Grundeigenthum wie bei uns fand ebenfalls nicht Statt, und endlich blieb das römische Leben einfacher und beschränkter als unseres und lernte selbst in der spätern Zeit keine bloßen Verhältnisse kennen, für welche die Annahme eines Eigenthums Bedürfniß gewesen wäre. Wie indeß unser Leben ein künstlicheres und umfassenderes ist als das römische, so nimmt auch unser Eigenthum ein weiteres Gebiet in Anspruch, und darum ist neben das Sacheigenthum schon früh ein Rechtseigenthum getreten. Auch jenes wurde als Eigenthumsrecht aufgefaßt und hat deshalb viel bestimmter die Natur eines bloßen Rechts bewahrt. So ist bei uns das Eigenthum die Grundlage des ganzen Privatrechts geblieben, ja es wird im gewöhnlichen Leben regelmäßig gleichbedeutend mit Vermögen gebraucht, während bei den Römern sich daneben selbständig die Obligation entwickelt hat; dort war der persönliche Verkehr viel länger beschränkt und an das Grundeigenthum gebunden, hier erscheinen selbst Renten und fortlaufende Leistungen lediglich im Gewand des Obligationenrechts.

Auch wenn wir für die Gegenwart mit dem Sacheigenthum ausreichen könnten, dürfen wir unser Princip nicht aufgeben. Denn selbst zugegeben, daß alle die Verhältnisse im Absterben wären, auf welche ursprünglich der Begriff des Rechtseigenthums Anwendung fand, so treten dafür andere an ihre Stelle, für die derselbe nicht minder passend ist. Wie weit wir den Begriff ausdehnen wollen, ist eine Frage der Zweckmäßigkeit, worüber man streiten mag; über seine Statthaftigkeit an sich kann nur der streiten wollen, dem das Wesen des Rechts mit den fremden Begriffen ein- für allemal abgeschlossen ist. Gerade hier handelt es sich um ein Princip unseres Rechts, das so national ist wie wenige und in der That einen Fortschritt des Rechtsbewußtseins bezeichnet. Daß das Eigenthum, so intensiv wir es fassen mögen, schließlich doch ein Recht bleibt, kann Niemand läugnen; ist es aber dies, warum sollen wir es mit aller Gewalt auf körperliche Sachen beschränken? Selbst unsern Juristen, denen die fremden Begriffe zur andern

Natur geworden sind, liegt die deutsche Auffassung immer noch näher als die römische.[58]

Soviel von der äußern Seite des Begriffs. Gehen wir nun zum Inhalt desselben über. Der Gedanke der absoluten Herrschaft, von welchem das römische Privatrecht ausgeht, mußte sich selbstverständlich vor Allem im Eigenthum verkörpern. Bei der Beschränkung desselben auf körperliche Objecte war er hier auch am meisten an seinem Platz: Sachen sind ihrer Natur nach unserer Herrschaft allerdings vollständig unterworfen, das Eigenthum ist daher nothwendig bei jedem Volk das stärkste Recht. Die Römer sind indeß noch weiter gegangen und haben es als völlig unbeschränkt und ausschließlich aufgefaßt. Gerade von dieser Seite ist es bedeutungsvoll, daß es mit seinem Object identificirt, nicht mehr als Recht an der Sache, sondern als die Sache selbst gedacht wird. Es ist an derselben Sache nur einmal möglich und duldet streng genommen keine andern dinglichen Rechte neben sich. Denn auch diese sind an und für sich mit dem Eigenthum unverträglich und bilden nur Ausnahmen von der Regel: entweder Beschränkungen, welche die Benutzung des Eigenthums selbst fordert, wie die Servituten und das Pfandrecht, oder Anomalien des spätern Rechts, die zu den ältern Grundsätzen nicht mehr passen, wie die Superficies und die Emphyteuse. Sie werden deshalb als Befugnisse an fremder Sache, als iura in re, oder wie die Römer lieber sagen schlechthin als iura angesehen; charakteristisch genug führt die älteste den Namen Servitus: die Sache gilt nur dann als frei, wenn der Eigenthümer in seiner vollen Herrschaft nicht beschränkt ist. Nach römischer Ansicht ist es sogar unstatthaft, von „andern" dinglichen Rechten neben dem Eigenthum zu reden, denn es sind keine Arten einer Gattung, sondern Gegensätze, res und iura, und die letztern können nicht als partielle Unterwerfung der Sache neben die totale gestellt werden. Die Hauptsätze, welche für die Servituten gelten, erklären sich daher schon aus dem Wesen des Eigenthums: servitus in faciendo consistere nequit, weil das Eigenthum als unbedingtes Recht nicht mit persönlichen Leistungen verknüpft werden kann; servitus servitutis esse non potest, weil

die Beschränkung einer Servitut insoweit nur die natürliche Freiheit des Eigenthums wieder herstellt; nemini res sua servit, weil das was im Eigenthum liegt nicht noch Gegenstand eines besondern Rechts sein kann. Die Sätze lassen sich freilich ebensogut aus der Natur der Servitut ableiten, aber so richtig eine solche Begründung sein mag, man hat damit nicht viel gewonnen, da es für jeden Rechtssatz eine Mehrheit von Gründen giebt und der Zusammenhang der Servitutentheorie mit dem römischen Leben vor Allem durch das Eigenthum vermittelt wird.

Die Unstatthaftigkeit eines gemeinschaftlichen wie eines getheilten Eigenthums folgt hieraus von selbst. Dieselbe Sache kann nicht ganz dem Einen und ganz dem Andern angehören; eine absolute Gewalt schließt jede Gemeinschaft aus. Das sogenannte Condominium mußte also als Bruchtheileigenthum construirt werden, wobei das dingliche Recht an den Theilen ein unbeschränktes und frei veräußerliches blieb; Mehrheitsbeschlüsse in Betreff der Sache konnten die Uebrigen nicht binden, weil Jeder an seinem Theil ein selbständiges Recht hatte. Aber auch eine Theilung der im Eigenthum liegenden Befugnisse ist unmöglich, weil dadurch wieder der Begriff einer absoluten Gewalt aufgehoben würde: das Eigenthum als Totalität aller möglichen Befugnisse kann nicht halb dem Einen und halb dem Andern zustehen. Es ist deshalb nach römischem Recht nicht einmal zulässig, die im Eigenthum liegenden Befugnisse durch eine Aufzählung erschöpfen zu wollen; was wesentlich und nothwendig als untheilbar gilt, soll nicht in einzelne Elemente zerlegt werden. Erst in der spätern Zeit tauchten Verhältnisse auf, die sich thatsächlich einem getheilten Eigenthum näherten, hier aber zeigte sich auch die Schwierigkeit, sie mit dem Eigenthumsbegriff der ältern Zeit in Einklang zu bringen.

Eine weitere Folge war die, daß das Eigenthum nicht durch persönliche Verpflichtungen des Eigenthümers beschränkt werden kann, mit andern Worten daß es keine Lasten aufnimmt, die als solche auf jeden Besitzer übergehen. Daher wird das Recht des Eigenthümers streng genommen gar nicht von seiner Verpflichtung als Schuldner berührt; er haftet dem Gläubiger nur mit der

Person, nicht mit dem Vermögen: die älteste Zeit kennt weder ein Pfandrecht, noch eine Vermögensexecution. Ja es kann nach der Strenge des alten Rechts nicht einmal einer Ertragssteuer unterworfen werden. Steuern werden wohl vom Vermögen überhaupt erhoben, und das Grundeigenthum kommt dabei mit in Anschlag, aber Grundsteuern in unserm Sinn, Abgaben von einzelnen Grundstücken oder gar von ihrem Ertrag, waren dem frühern Recht unbekannt.

So erklärt sich auch, wie bei Ausübung der im Eigenthum liegenden Befugnisse das juristische Princip, nicht das sittliche der Billigkeit galt. Der Eigenthümer braucht keinerlei Rücksicht auf den Nachbarn zu nehmen, wo ihm sein Recht die Befugniß zu einer Handlung oder Unterlassung giebt; er darf dem Nachbarn das Licht verbauen, eine Quelle abgraben, den Brunnen trocken legen, ohne daß dieser es ihm wehren könnte.[59] Freilich war bis zu einem gewissen Grad hier eine Beschränkung unerläßlich, und so wurden aus religiösen, polizeilichen oder wirthschaftlichen Gründen schon im Zwölftafelgesetz die sogenannten Legalservituten anerkannt. Aber es blieben doch immer Ausnahmen; das Princip wurde gemildert, aber nicht aufgehoben. Indem man daneben eine freiwillige Beschränkung des Eigenthums durch Servituten gestattete, glaubte man sich mit den Forderungen der Billigkeit abgefunden zu haben. Wenn deshalb Neuere es als Regel hinstellen, so daß der Eigenthümer bei Ausübung seines Rechts billige Rücksicht auf den Nachbarn nehmen müsse, so ist das zwar richtig, nur ist es kein Satz des römischen, sondern erst des deutschen Rechts. Auch bei den Römern mag sie wohl durch die Sitte geboten worden sein, dem strengen Recht dagegen war und blieb sie fremd.

Diesem Begriff des Eigenthums entsprach nun auch ganz die absolute Natur der römischen Vindication. Wie das Eigenthum nur durch einen bestimmten Willensact des Eigenthümers auf einen Andern übergehen konnte, so konnte der Eigenthümer seine Sache, gleichviel auf welche Art sie aus seinem Besitz gekommen war, überall wo er sie fand vindiciren — die natürliche Folge von der auf die Spitze getriebenen dinglichen Natur des Eigenthums, wobei

allein auf das objective Recht, den gleichsam in die Sache übergegangenen Willen des Eigenthümers, nicht auf die subjective Beziehung Mehrerer zu derselben Sache gesehen wurde. Daß unter Umständen auch ein Nichteigenthümer vindiciren, der Eigenthümer aber die dingliche Klage verlieren könne, davon hatte der Römer keine Vorstellung; es ging gegen seine Logik, ein dingliches Recht durch persönliche Verhältnisse alteriren zu lassen. So gewiß in diesem unerbittlichen Festhalten am Princip der Dinglichkeit die größte Gewähr für das Recht lag, so gewiß lag auf der andern Seite eine Uebertreibung darin, und hätte man nicht durch die Usucapion das Princip mit den Bedürfnissen des Verkehrs ausgeglichen, so würde sicherlich oft genug das größte Recht zum größten Unrecht geworden sein. Allein die kurze Usucapionszeit, die Usucapionsunfähigkeit der gestohlenen und geraubten Sachen und der weite Begriff des Diebstahls führten praktisch ein ähnliches Resultat herbei, wie die eigenthümliche Beschränkung der dinglichen Klage im deutschen Recht. Gestohlene und geraubte Sachen konnten nach beiden Rechten unbedingt vindicirt werden, bei andern bestand der Unterschied nur darin, daß das deutsche Recht die Vindication regelmäßig ganz, das römische erst nach vollendeter Ersitzung ausschloß. Auch lag eine weitere Schranke für den Römer in der Schwierigkeit des Beweises. Nahm der Kläger ein absolutes Recht in Anspruch, so mußte er auch einen absoluten Beweis liefern, bei derivativem Erwerb also das Eigenthum aller seiner Autoren für die Zeitdauer der Usucapion darthun. Die Germanen, die bei fahrender Habe nicht so unbedingt am Princip der Dinglichkeit festhielten, nannten das einen diabolischen Beweis und fanden eine unnütze Erschwerung der Rechtsverfolgung darin. Dafür war eben bei ihnen die Vindication selbst beschränkter.

Vorzüge wie Mängel des römischen Eigenthums hängen mit der Art der römischen Cultur überhaupt zusammen, mit ihrer frühzeitigen Entwicklung und Blüthe, wie mit ihrer eigenthümlichen Beschränkung und ihrem raschen Verfall. Indeß die Einseitigkeit und Uebertreibung des Begriffs läßt sich aus den Culturzuständen allein nicht erklären. Im Gegentheil, wir würden nicht begreifen,

wie man im Leben mit einem solchen Begriff ausgekommen wäre, wenn man ihn in seiner spröden Form durchgeführt und bis zu den letzten Consequenzen verfolgt hätte.[60] Das aber ist eben nirgends geschehen. Vielmehr zeigt sich, daß man in der Anwendung überall wo es Noth that Ausnahmen zuließ und durchaus nicht alle Consequenzen zog, die logisch möglich gewesen wären. Thatsächlich war auch das römische Eigenthum weder ganz ausschließlich, noch untheilbar, noch unbeschränkt. Nicht ausschließlich, da wenigstens die Form des Miteigenthums oder der Communion Mehreren zugleich an derselben Sache Eigenthumsrechte gewährte; nicht untheilbar, da die dinglichen Rechte neben dem Eigenthum dem Resultat nach doch eine Theilung der Eigenthumsbefugnisse ergaben; und nicht unbeschränkt, da seine Ausübung auch in Rom immerhin gewissen Schranken unterworfen war. Ebenso wenig konnte die Vindication ihre starre und absolute Natur behaupten. Denn neben sie trat mit der Erweiterung des Verkehrs die Publiciana, deren Klaggrund kein förmliches Eigenthum war und unter Umständen gleichwohl stärker wirkte als dieses. Für einen regen Handel und Wandel genügte das strenge Eigenthum und sein Schutz nicht mehr, man mußte noch einen weitern Klaggrund zulassen, und so kam man wie bei uns zum Schutz eines relativen Rechts. Das abstracte Princip der Dinglichkeit erwies sich praktisch als nicht vollkommen durchführbar und mußte durch Rücksichtnahme auf die persönlichen Beziehungen zur Sache modificirt werden.

Auch die weitere Abstraction, daß das Eigenthum bei allen Sachen das gleiche Recht sei, entspricht nicht unserm Leben und unsern Bedürfnissen. Denn wie nach deutschem Recht nicht bloß Sachen Objecte des Eigenthums sind, so sind es nicht alle in gleicher Weise. Das Eigenthum ist uns nicht überall der nämliche Begriff, der ohne Rücksicht auf Subject oder Object zur Geltung kommt, sondern er empfängt erst durch den Charakter dieser einen concreten und je nach den Umständen verschiedenen Inhalt. Wir kennen weder ein abstractes Personenrecht, noch ein abstractes Eigenthum; wie dort der Stand der Person, so äußert hier zunächst die Art der Sache einen Einfluß auf das Recht. Aber

auch jener kommt bei dem Eigenthum in Betracht: von der ältesten Zeit bis auf die Gegenwart haben sich die Güter nach dem Stand der Besitzer unterschieden. Vorrechte und Lasten des Standes gingen auf sie über und wurden dinglich, bald Privilegien (nobilitas realis), bald Dienste, Abgaben oder sonstige Beschränkungen. Dabei läßt sich durchaus nicht sagen, daß der eine oder andere Standpunkt der allein richtige gewesen sei; für die römischen Verhältnisse war es der römische, für unsere der deutsche. Kein Volk kann ein Normalmaß aufstellen, wonach das Eigenthum der andern beurtheilt werden müßte. Hat das römische in der Durchführung eines geschlossenen Begriffs vor unserem die formelle Vollendung voraus, so stellt sich, wenn wir auf die größere Entwicklungsfähigkeit sehen, die Sache zu Gunsten des deutschen. Die letzte Frage ist jedenfalls die, wie weit ein Volk im Einklang mit seiner wirthschaftlichen Cultur die natürliche Ungleichheit der Objecte übersehen kann, wie weit ein anderes sie berücksichtigen muß. Und wie die Gesammtcultur stets eine relative ist, keine absolut gute oder schlechte, so auch das ihr entsprechende Recht. Je größer aber in Wirklichkeit die Ungleichheit der Sachen ist, desto reicher und ausgebildeter kann das Recht werden, wenn zu der Mannigfaltigkeit jener eine genaue Bestimmung der rechtlichen Begriffe tritt. Sind die Sachen nach ihrem Zweck, Gebrauch und Werth verschieden, so wäre es thöricht, sie allzeit über einen Kamm scheeren zu wollen. Eben darum läßt unser Recht verschiedene Arten gelten und nimmt für jede ein besonderes Eigenthum an. So ist das Eigenthum ein anderes am Grund und Boden, ein anderes an fließendem Wasser, ein anderes an Bergwerken, Salinen und Forsten, wieder ein anderes an unkörperlichen Dingen, wie zum Beispiel einem Jagdrecht, einer Handelsfirma, einem Wappen oder Namen; und vor Allem ist das Eigenthum an Mobilien ein anderes wie an Immobilien. Weil der Begriff ein größeres Gebiet beherrscht als im römischen Recht, kann er nicht überall der gleiche sein: er zerfällt, ohne auf die individuelle Ungleichheit der Objecte Rücksicht zu nehmen, nach den verschiedenen Classen derselben selbst in Arten und bleibt darum fortwährend einer analogen Ausdehnung fähig.

Ueberall wo ein dauernder Besitz und Gebrauch Statt findet, wo dieser verpfändet, veräußert oder wenigstens vererbt werden kann und zu seinem Schutz eine Klage gegen jeden Dritten gegeben wird, ist seine Anwendung möglich. Ob diese dann jedesmal auch nöthig sei, ist eine andere Frage, denn allerdings scheint es gerathen, wo es angeht bei der Beschränkung zu bleiben, um nicht durch willkürliche Ausdehnung den sichern Gewinn der Unterscheidung von dinglichen und persönlichen Rechten auf's Spiel zu setzen.

Insofern das römische Recht den Begriff des Eigenthums auch für Mobilien uns zu deutlichem Bewußtsein brachte, lag in seiner Reception gewiß ein wesentlicher Fortschritt. Es lehrte uns die Selbständigkeit und Dinglichkeit des Rechts hier ebenso bestimmt anerkennen wie bei Immobilien. Doch war unser älteres Recht nicht ganz so unentwickelt als es im Vergleich zum römischen scheint. Denn was dem lebhaftesten Verkehr der Gegenwart sich als Bedürfniß herausstellt, Rückkehr zu den deutschen Grundsätzen der Vindication, kann auch für die ältere Zeit nicht roh und mangelhaft gewesen sein. Es fehlte nur die formelle Seite der Entwicklung; oder richtiger, sie war eine andere als sie die Gegenwart braucht, weil uns die naive Verbindung dinglicher und persönlicher Gesichtspunkte nicht mehr genügt. Ebenso wenig aber dürfen wir bei den Begriffen des römischen Rechts stehen bleiben wollen. Konnten schon die Römer ihr überall gleich und absolut gedachtes Eigenthum nicht durchführen, so wäre dies bei uns vollends unmöglich, wir müßten vielmehr so zahllose Ausnahmen zulassen, daß vom Princip schließlich nichts übrig bliebe.

Statt dessen nehmen wir lieber wie im ältern Recht ein nach den Objecten verschiedenes Eigenthum an und halten als gemeinschaftliches Merkmal nur den Begriff der Dinglichkeit in unserem Sinne fest, dauernden und vererblichen Besitz mit rechtlichem Schutz gegen jeden Dritten. Wir unterscheiden also ein Eigenthum an beweglichen, unbeweglichen und unkörperlichen Sachen. Das unkörperliche Eigenthum mag immerhin als blos analoges oder nachgebildetes Recht, als eine Art von Quasidominium dem Sacheigenthum gegenüber gestellt werden, ähnlich wie die Römer der corporis

possessio eine iuris quasi possessio an die Seite setzten. Für das Eigenthum an Immobilien bleiben wir bei den deutschen Grundsätzen, wie sie sich im Ganzen trotz der Reception des römischen Rechts erhalten haben: es ist uns keine wesentlich totale Gewalt, das Moment der Ausschließlichkeit und Unbeschränktheit fällt hinweg, und eine Uebertragung auf Andere ist nur in Form gerichtlicher Auflassung möglich. Das Eigenthum an Mobilien endlich nähert sich jetzt zwar am meisten dem römischen Begriff, aber doch mit der durch den Verkehr gebotenen Beschränkung, daß es ebenfalls kein absolutes Recht ist; es kann unter Umständen auch unfreiwillig verloren gehen, was bei dem römischen erst indirect als Folge der Ersitzung eines Andern möglich ist. Aeußerlich erscheint unser deutsches Eigenthum allerdings immer noch minder durchgebildet als das römische, obwohl es von Haus aus reicher angelegt und einer höhern Entwicklung fähig war. Eben deshalb ist es die Aufgabe der Wissenschaft diese Entwicklung zu vollenden, nicht umgekehrt, sie in den Formen des römischen Rechts gefangen zu halten; das letztere soll uns keine Fessel, sondern ein Hebel derselben werden.

3. Dingliche Rechte.

Es bleibt uns zum Schlusse dieses Abschnitts noch übrig, mit einigen Worten der dinglichen Rechte zu gedenken, die an fremdem Eigenthum möglich sind. Das römische Recht kennt ursprünglich keine dem Eigenthum coordinirten Rechte, die auf einer Theilung der Eigenthumsbefugnisse beruhen, sondern blos Eigenthumsbeschränkungen oder Servituten, die zu einem bestimmten Zwecke die Sache ausnahmsweise noch einem Andern als dem Eigenthümer dienstbar machen. Pfandrecht und vor Allem Superficies und Emphyteuse sind Rechte anomaler Art, welche in das ursprüngliche System nicht passen und ihre Ausbildung erst der spätern Zeit verdanken. Es lag darin factisch eine Annäherung an den deutschen Eigenthumsbegriff; man ging über die strenge Ausschließlichkeit des Eigenthums hinweg und ließ neben demselben noch andere dingliche Rechte zu. Je nachdem sich ihr Inhalt dem

Eigenthum mehr oder weniger nähert, ist daher die Reihe diese: Emphyteuse und Superficies, welche die volle Benutzung der Sache vom Eigenthümer auf den Berechtigten übertragen; Pfandrecht und Hypothek, wobei der Werth einer Forderung durch eine Sache sicher gestellt und der Gläubiger bis zum Belauf der Forderung an der Sache dinglich berechtigt wird; und Servituten, die den Inhalt einzelner Befugnisse oder eines persönlichen Gebrauchsrechts an fremdem Eigenthum bilden. Die geschichtliche Ordnung ist aber die umgekehrte: am ältesten sind die zum Ackerbau nöthigen Feldservituten; dann folgen die Häuserservituten und die persönlichen Rechte an fremder Sache (usus, operae, habitatio, ususfructus); dann das Pfandrecht in den zwei Formen des Pignus und der Hypothek; dann die Superficies und die Emphyteuse.

Zu der Möglichkeit, positive Leistungen mit dem Eigenthum zu verbinden, gelangte man in Rom niemals. Sie ging für uns aus dem Bedürfniß hervor, den Boden mit Abgaben zu belasten, um auch den nicht grundbesitzenden Ständen ein abgeleitetes (hofrechtliches oder freigeliehenes) Eigen zu verschaffen und ihnen allmählich zur persönlichen Freiheit zu verhelfen. Unsere ganze Entwicklung ruhte auf der fortschreitenden Intensität des Anbaus und verlangte deshalb, so lange das Geld kein allgemeines Tauschmittel war, statt der Steuern Naturalabgaben und persönliche Dienste. Die römische begann gleich mit der Geldwirthschaft, hielt aber die Sclaverei fest und schritt nur äußerlich durch die Eroberungen fort; der wachsende Verkehr war nicht die Folge vermehrter Bevölkerung (denn die größte Volksmenge hatte Italien vor dem zweiten punischen Krieg), steigender Arbeitstheilung und stärkerer Anspannung des Bodens, sondern der Vergrößerung und Ausdehnung des Reichs. So konnte ein Bedürfniß, wie wir es von Anfang an hatten, in Rom gar nicht entstehen. Wäre es vorhanden gewesen, so würde es gewiß auch den starren Eigenthumsbegriff gebrochen haben, wie die analogen Verhältnisse aus der spätern Kaiserzeit beweisen.

Beginnen wir mit den zwei jüngsten Instituten, der Superficies und Emphyteuse. Ein praktisches Interesse haben sie für uns nicht mehr; sie sind nur insofern wichtig, als sie den Beweis

liefern, daß in gewissen Fällen auch das römische Recht sich nicht scheute, Miethe und Pacht in ein dingliches Recht übergehen zu lassen.

Die Superficies, oder wie wir dafür sagen würden die Häuserleihe, bildete sich zu Ende der Republik durch die großstädtischen Verhältnisse. Da der Boden, worauf Rom stand, einer verhältnißmäßig kleinen Zahl von Grundbesitzern gehörte, dem Staat, den Priestercollegien, den Vornehmen und Reichen, blieb die Hauptmasse der Einwohner vom Erwerb eigener Häuser ausgeschlossen und auf Miethwohnungen angewiesen. Daher die zahlreichen mehrstöckigen Miethhäuser (insulae) mit einer Menge von Einsassen, während die Höfe der Großen (domus), die nur von ihnen selbst und ihren Sclaven bewohnt wurden, als Ausnahmen zu denken sind. Bei den erstern finden wir nun, daß Boden und Haus vielfach verschiedene Herren haben, indem der Eigenthümer des Bodens die Baustelle, sei es mit einem schon fertigen oder vom Empfänger erst aufzuführenden Haus, einem Andern geliehen hat. Der Empfänger, von seinem Recht an der Oberfläche Superficiar genannt, vermiethet das Haus im Einzelnen weiter; er steht in der Mitte zwischen dem Grundherren auf der einen und den Miethbewohnern auf der andern Seite. Ohne Zweifel war das Verhältniß für beide Theile vortheilhaft. Die Grundbesitzer, die oft nicht in Rom wohnten, konnten sich nicht damit abgeben, Häuser zu bauen und zu vermiethen. Sie überließen es also einem Andern, der aus dem Vermiethen wieder ein Geschäft für sich machte und sicherlich dabei seine Rechnung fand. Wir dürfen annehmen, daß in der Zeit des rascheſten Wachsthums der Stadt die Erbauung und Verleihung von Häusern zu superficiarischem Recht häufig auf Speculation geschah. Wie der Staat seine Zölle und Steuern verpachtete, so verpachtete man hier den Ertrag von Häusern; statt der Miethgelder empfing der Eigenthümer einen Grundzins (solarium) oder daneben zugleich ein für alle Mal eine bestimmte Summe.

Aus ähnlichen Verhältnissen ging in den Städten des Mittelalters unsere Häuserleihe hervor. Der Grund und Boden war

hier ebenfalls in den Händen weniger Grundherren, der Stifter, des Adels, der Ritter und Patricier, und wurde dann von diesen, in Bauplätze abgetheilt, gegen einen Zins an die Kaufleute und Handwerker verliehen. Nur daß es keiner Zwischenstufe bedurfte wie in Rom, weil ein Vermiethen im Einzelnen bei der geringern Einwohnerzahl unserer Städte nicht vorkam und die Leihe eben die Stelle der Miethe vertrat.[1] Auch darin lag ein Unterschied, daß der geliehene Boden sich mit der Zeit in Eigenthum verwandelte, indem der Grundzins die Natur einer Reallast annahm und später abgelöst wurde. So steht die Leihe am Anfang unseres städtischen Lebens, die Superficies am Ende des römischen. Diese konnte das Eigenthum nicht verdrängen, weil eine neue Entwicklungsstufe, wie sie bei uns das Aufkommen des dritten Standes bezeichnet, nicht mehr möglich war.

Sobald die Superficies häufiger wurde, machte sich begreiflicher Weise das Bedürfniß eines stärkern Schutzes geltend, als ihn die persönlichen Klagen des Civilrechts gewährten. Der Prätor führte daher zunächst ein dem Interdict des Usufructuars nachgebildetes Interdict gegen Besitzstörung ein (de superficiebus), wogegen der Eigenthümer das interdictum uti possidetis behielt. Durch die Juristen wurde dann auch die Anwendbarkeit der recuperatorischen Interdicte (de vi und precario) gegen widerrechtliche Besitzentziehung festgestellt: man ging also entweder von dem Satz ab, daß bei bloßen Rechten keine gewaltsame Besitzentziehung möglich sei, oder man kam dahin, die Superficies als körperlich und ihren Besitz als abgeleiteten Sachbesitz anzusehen. Außerdem versprach der Prätor je nach den Umständen noch die dinglichen Klagen, die entweder gleich den Interdicten an den bloßen Kauf- oder Miethvertrag (vindicatio utilis, confessoria), oder an die erfolgte Tradition der Superficies geknüpft waren (publiciana). Damit war dem praktischen Bedürfniß genügt und die Dinglichkeit des Rechts entschieden anerkannt. Wie aber dasselbe eigentlich aufzufassen sei, ob als bloße Eigenthumsbeschränkung oder als beschränktes Eigenthum, ob insbesondere der Superficiar einen Rechtsbesitz oder einen abgeleiteten Sachbesitz habe, scheint unter

den römischen Juristen streitig und zweifelhaft geblieben zu sein. Der Streit wird noch jetzt von der Theorie fortgesetzt. Bedenken wir, daß Vindication, Publiciana und Verpfändung wie bei der Emphyteuse auf die Sache selbst bezogen wurden, daß das Interdict gegen gewaltsame Dejection wie bei andern Grundstücken Statt hatte, eine Servitutbestellung möglich war, und der Berechtigte hinsichtlich der processualischen Cautionsleistung als Angesessener galt, so scheint es, daß die Römer geneigt waren, sich schließlich unserer deutschen Auffassung zuzuwenden und eine Art Eigenthum anzunehmen, daß sie jedoch abgehalten wurden, das Wort dafür zu brauchen, da dieses seinen feststehenden Sinn hatte und der Begriff keiner analogen Ausdehnung fähig war.[62]

Das Seitenstück zur Superficies ist die Emphyteuse. Jene behandelt die Hausmiethe, diese die Gutspacht als dingliches Recht. Ihr Ursprung reicht noch in die Zeiten der Republik, ihre weitere Verbreitung und rechtliche Durchbildung gehören dem Kaiserreich an. Die Länder, welche der Staat in den Provinzen eingezogen hatte, wurden gegen Abgaben an Einzelne oder Gemeinden überlassen (agri vectigales); die Gemeinden verpachteten dann ebenfalls Ländereien auf längere oder unbestimmte Zeit. Da die Abgaben hoch waren, dachte man nicht daran, die Besitzer zu verdrängen, so lange sie mit ihren Lasten nicht im Rückstande blieben. In den Provinzen, wo kein römisches Eigenthum galt und der Boden in der Regel durch Kriege verwüstet war, mußte man froh sein, überhaupt Jemanden zu finden, der sich gegen Uebernahme der Abgaben zum Anbau verstand. Der Prätor erkannte daher das Recht an den abgabepflichtigen Grundstücken als ein dingliches an und gab dem Pächter die Interdicte und die dinglichen Klagen. So bildete es sich zu einem erblichen und veräußerlichen Besitzrecht aus, das auch insofern dem Eigenthum verwandt war, als der Berechtigte als Sachbesitzer galt und die Früchte durch Separation erwarb. Da alles Land in den Provinzen zinspflichtig war, entstand sogar die Frage, ob man den Berechtigten nicht wie die übrigen Besitzer von Provinzialgrundstücken als Eigenthümer und den Leihcontract als Verkauf anzusehen habe. Im gewöhnlichen

Leben wurde die Sache auch wirklich so aufgefaßt; der Gedanke eines bloßen Rechts an fremdem Eigenthum trat völlig zurück.[63] Man war zu einem Verhältniß gelangt, das sich noch mehr als die Superficies einem getheilten Eigenthum näherte und von den Glossatoren mit gutem Grund dem Lehen und der Erbleihe an die Seite gesetzt werden konnte.

Seit dem vierten Jahrhundert nach Christo kommt der Name Emphyteuse dafür auf. Er erklärt sich aus der zunehmenden Verödung des römischen Reichs; der größte Theil der verliehenen Ländereien mochte in der That erst wieder zu bebauen sein. In einer Zeit aber, wo selbst der Eigenthümer nicht selten seinen Grund und Boden preisgab, um sich der unerschwinglichen Steuerlast zu entziehen, war von der Erbleihe keine Hebung des Ackerbaus mehr zu erwarten. Sie konnte weder für den Grundherrn noch für den Besitzer besonders vortheilhaft sein. Der Besitzer, der zugleich die öffentlichen Lasten übernahm, hatte kaum einen andern Gewinn als den eines dürftigen Unterhalts, und der Grundherr selbst im besten Fall nur eine Abgabe, wie sie der gesunkenen Grundrente entsprach, so sehr sie auch den Besitzer immerhin beschwerte. Oft genug mag er außer Stande gewesen sein, sie zu entrichten: mußte man doch zu ihrer Sicherstellung dem Emphyteuta die einseitige Dereliction des Gutes verbieten.[64]

Halten wir die Emphyteuse mit der Superficies zusammen, die regelmäßig dem Grundherrn wie dem Superficiar Vortheil brachte, so versinnlichen uns beide Institute die römische Cultur überhaupt. Die Provinzen mußten ihr Leben an die Hauptstadt abgeben, bis zuletzt auch diese ins Verderben mit fortgerissen wurde. Darin aber sind beide Institute gleich, daß keines einer weitern Entwicklung fähig war. Wie die Superficies nichts gemein hat mit unserer Häuserleihe, an die das Aufkommen des Bürgerstandes geknüpft ist, so steht die Emphyteuse in schneidendem Gegensatz zu unsern Gutsleihen, die das Aufkommen eines freien Bauernstandes möglich gemacht haben. Sie deutet auf eine Zeit größten Verfalls, in der die Verarmung allgemein geworden und das Grundeigenthum vollständig entwerthet war, während unsere Lehens- und Leih-

verhältnisse umgekehrt auf steigender Intensität des Anbaus beruhen und eine nach allen Seiten fortschreitende Cultur verkünden.

Die jüngste Gestalt, in welcher uns die Emphyteuse vorliegt, empfing sie durch die Kaiser Zeno und Justinian. Zeno bestätigte sie als besonderes Recht, das weder Pacht noch Eigenthum, sondern ein Drittes sei, wobei zunächst die Verträge zwischen dem Eigenthümer und dem Berechtigten in Betracht kommen sollten. Er vermeidet einen technischen Begriff des alten Rechts dafür anzugeben, offenbar weil keiner dafür paßte. Justinian bestimmte dann noch, daß der Eigenthümer die Befugniß haben solle, den Emphyteuta zu entsetzen, wenn derselbe drei Jahre lang den Zins und die öffentlichen Abgaben nicht entrichtet habe, der Emphyteuta dagegen das Gut selbst gegen den Willen des Eigenthümers veräußern könne, natürlich mit Vorbehalt des Leihezinses an den letztern. Dabei ist es charakteristisch, daß der Verkauf des Gutes nur als Verkauf der Meliorationen erscheint, der eigentliche Gutswerth also nicht in Betracht kommt.[65]

Hinsichtlich der Rechtsmittel blieb es bei den alten Grundsätzen. Wie bei der Superficies wurde für den redlichen Besitzer die Publiciana zugelassen, obwohl die Möglichkeit einer Ersitzung wie dort wegen des obligatorischen Nexus ausgeschlossen war. Dennoch erkannte Kaiser Anastasius sie durch ein Gesetz ausdrücklich an. Eine ältere Vorschrift hatte Jeden, der ödes Land in Bau nahm, schon durch die Cultur zum Emphyteuta machen wollen.[66] Man sieht, wie sehr man bedacht war, auf alle Weise für den Anbau des Bodens zu sorgen, und wie wenig die künstlichen Mittel, die man versuchte, noch helfen mochten. Von einem altrömischen Eigenthum war unter solchen Verhältnissen keine Rede mehr. Das Eigenthum näherte sich wegen seiner drückenden Belastung der Emphyteuse, die Emphyteuse wegen der freien Wirthschafts- und Dispositionsbefugniß dem Eigenthum, nur daß sie noch eine Last mehr zu tragen hatte. In dem zuletzt angeführten Gesetz wird das Recht mit so starken Ausdrücken bezeichnet, daß man versucht wird, es geradezu mit dem Eigenthum zu verwechseln. Quicunque defectum fundum patrimonialem exercuerit et fer-

tilem idoneumque praestiterit, salvo patrimoniali canone perpetuo ac privato iure defendat et velut domesticum et avita successione quaesitum sibi habeat suisque relinquat. Wo nicht besondere Steuerfreiheiten bestanden, wie zum Beispiel für die Kirchengüter, konnte allerdings das Eigenthum kaum von der Emphyteuse unterschieden werden, in einem solchen Falle gestaltete sich aber auch die letztere etwas günstiger.

Für das Pfandrecht haben die Römer nach einander drei Formen entwickelt: die Fiducia, das Pignus und die Hypothek. Die erste gehört dem alten Civilrecht, die zweite dem Jus Gentium, die dritte in ihrer spätern Ausbildung der Wissenschaft an. Fiducia und Pignus beruhen auf der Ausscheidung des Pfandes aus dem Vermögen des Schuldners, sei es dem Recht oder dem Besitz nach; die Hypothek wurde erst möglich, als das Princip aufhörte, daß das Eigenthum nicht für Forderungen hafte.

Bei der Fiducia ward eine körperliche Sache oder ein pfandbares Recht durch Injurecession oder Mancipation auf den Gläubiger übertragen, dem Schuldner aber für den Fall der Zahlung durch Nebenvertrag (pactum fiduciae) die Wiedereinlösung vorbehalten. Alles was jurecedirt oder mancipirt werden konnte, war auch in dieser Form pfandbar. Wer also Geld aufnehmen wollte und keinen persönlichen Credit hatte, mußte sich zu einem Verkauf seines Eigenthums bis zur Höhe der Schuld entschließen, ebenso wie dies nach deutschem Recht ursprünglich der Fall war. Das ist die älteste und roheste Art der Verpfändung; sie kehrt überall wieder, wo sich noch kein wahrer Credit ausgebildet hat und das Eigenthum so spröde erscheint, daß es noch keiner Verhaftung für eine Schuld fähig ist. Das Pfandrecht erscheint daher gar nicht als besonderes Institut: auch die Fiducia hat an sich nichts specifisch Pfandrechtliches, da sie zu sehr verschiedenen Zwecken diente, zum Beispiel auch zu einem Depositum oder Commodat. Für einfache Verhältnisse bedurfte man nicht mehr. Der Gläubiger hatte die größte Sicherheit, da das Pfandobject alsbald in sein Eigenthum überging, und für den Schuldner war indirect gesorgt, indem eine Verletzung der versprochenen Treue, wenn es zur Klage

kam, den Gläubiger ehrlos machte. Man könnte sagen, die Rollen des eigentlichen Pfandrechts erscheinen vertauscht; während später der Gläubiger dem Schuldner creditirt, muß hier der Schuldner dem Gläubiger Glauben und Vertrauen schenken, fidem eius sequi. Aus diesen Vortheilen erklärt sich, weshalb die Fiducia neben den jüngern Formen fortgebildet wurde und im Abendland bis tief in die christliche Kaiserzeit praktisch blieb. Sie verschwand erst gleichzeitig mit der Injurecession und Mancipation.

Bei dem Pignus ward nur der Besitz auf den Gläubiger übertragen. Es entstand durch einfache Tradition, galt als Juris Gentium auch für Peregrinen und Provincialgrundstücke, war aber auf körperliche Sachen beschränkt. Rechtlich blieb das überlieferte Pfand im Vermögen des Schuldners, factisch kam es in das des Gläubigers, und dieser wurde im Besitz durch die Interdicte geschützt. Ein Recht zu veräußern und sich aus dem Erlös bezahlt zu machen, hatte er nicht, doch konnte es ihm durch besondern Vertrag eingeräumt werden. Machte er davon Gebrauch, so erlangte der Käufer Usucapionsbesitz und seit Einführung der Publiciana einen bedingten Schutz desselben. Auch diese Form enthielt noch kein eigentliches Pfandrecht. Ihr Zweck war weniger, die Forderung des Gläubigers zu versichern, als den Schuldner zu baldiger Zahlung oder Stellung von Bürgen zu nöthigen: eine unmittelbare Verbindung von Schuld und Pfand bestand nicht, da der Gläubiger, von den Interdicten abgesehen, kein Recht am Pfande erhielt. Indeß einem einfachen und unentwickelten Verkehr entsprach eine solche Form ebenfalls, zumal für kleine Forderungen von kurzer Dauer; das älteste deutsche Recht hat dafür so gut Analogien wie für die Fiducia. Zugleich näherte sie sich doch schon mehr dem Begriff eines Pfandrechts. Der besondere Ausdruck Pignus, der später auch für Hypothek gebraucht wird, deutet auf ein neues Recht, das sich zu entwickeln begann. Nicht in der Fiducia, sondern im Pignus lag der Keim weiterer Entwicklung.[67]

Gleichwohl unterlagen beide Formen wesentlichen Beschränkungen. Jene blieb auf Personen und Rechte beschränkt, die unter dem Jus civile standen, dieses war nur an körperlichen Sachen

möglich, da Tradition dazu gehörte. Jene gab nur dem Gläubiger Sicherheit; veräußerte er, so hatte der Schuldner nichts als einen Entschädigungsanspruch. Das Pignus schützte umgekehrt den Gläubiger nicht genug; denn veräußerte der Schuldner, so hatte der Gläubiger nur die persönliche Klage aus dem Pfandvertrag. Auch war seine Befugniß zu distrahiren, selbst wenn sie ihm ausdrücklich eingeräumt war, keine rechtliche, da er im Grund bloß den Besitz veräußern konnte. Zudem waren beide Formen ihrer Natur nach auf vorübergehende Schuldverhältnisse berechnet, ohne eine längere Benutzung des Credits, insonderheit eine Verwendung der Schuldsumme auf das Pfandobject selbst zu gestatten, es sei denn, daß der Schuldner den Besitz desselben durch Precarium vom Gläubiger zurückerlangt hatte. Für die Fiducia erklärt sich diese vorübergehende Dauer schon aus der Usureception, wonach der Schuldner, wenn er wieder in den Besitz der Sache kam (jedoch nicht durch Precarium), dieselbe ohne Zahlung durch Usucapion zurückerwerben konnte.[68] Noch weniger war es bei dem Pignus auf längere Benutzung fremden Geldes abgesehen, da dasselbe gerade den Zweck hatte, den Schuldner zu baldiger Rückzahlung anzutreiben. Beide setzen also eine Zeit voraus, der die wirthschaftliche Bedeutung des Credits noch unbekannt war: sie machten es unmöglich mit eignem und fremdem Capital zugleich zu arbeiten und schlossen eine mehrmalige Verpfändung der Sache aus, die erst den vollen Credit derselben zu erschöpfen vermag. Nur darin zeigt sich der eigenthümliche Fortschritt des römischen Lebens, daß kein Unterschied zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen besteht, vielmehr die einen wie die andern in gleicher Weise Gegenstand der Verpfändung sind. Das aber mußte die Ausbildung des Pfandrechts gerade erschweren, da sie vor Allem auf der successiven Entwicklung des Bodencredits ruht und ein Festhalten des Unterschieds verlangt.

Das Princip der reinen Personalexecution war sowohl mitwirkende Ursache als nothwendige Folge davon. Der starre Gegensatz dinglicher und persönlicher Rechte ließ keine Vermögensexecution zu, die frühzeitige Gleichstellung von Mobilien und Immobilien keinen Realcredit. Der tiefere Grund, weshalb die Römer lange

Zeit mit einem so unbeholfenen Pfandrecht ausreichten, lag in der Sclaverei. Denn die gewöhnlichsten Objecte, die man zum Pfand setzte, waren die Sclaven, erst in zweiter Linie kam der Grundbesitz an die Reihe. Das Bedürfniß einer Form also, welche dem Schuldner zugleich die Verpfändung und die fortdauernde Benutzung der verpfändeten Sache gestattet, konnte sich nicht früh und stark genug entwickeln, um die Schranken des alten Rechts zu brechen. Bis auf die letzten Zeiten der Republik gab es nur einen persönlichen Credit und eine persönliche Execution. So erklärt sich, wie spät verhältnißmäßig sich der Realcredit in Rom ausgebildet und wie er nie die Bedeutung erlangt hat wie bei uns.

Der Uebergang von den ältern Formen zur dritten erfolgte durch Aufstellung besonderer Rechtsmittel zum Schutz eines bloß vertragsmäßigen Pfandes. Zuerst gab der Prätor ein Interdict (Salvianum) bei der Landpacht, als die Verpfändung des Inventars für den Pachtzins herkömmlich ward, dann gab er für den nämlichen Fall dem Gläubiger eine dingliche Klage aus dem Pfandcontract (Serviana), dann wurde diese auf alle Fälle eines versprochenen Pfandes ausgedehnt, und endlich als auch Forderungen in den Pfandverkehr übergingen, für diese die persönliche Klage des Schuldners dem Gläubiger als utilis eingeräumt. Mag nun der Ursprung des Salvianum und seine Erwähnung im Edict aus dem Alter oder der Frequenz der Illatenverpfändung abzuleiten sein, so kam man in jedem Fall erst von da aus zum Begriff eines neuen Pfandrechts: durch bloßen Vertrag wird dem Gläubiger für den Fall seiner Nichtbefriedigung das Verkaufsrecht an einer fremden Sache eingeräumt. Der Name Hypothek, der dem attischen Recht entlehnt ist, deutet wenigstens darauf, daß die Römer selbst das Verhältniß so angesehen haben. Wäre es ihnen schon in der ältern Zeit bekannt gewesen, so hätten sie kein Lehenwort dafür einzuführen gebraucht. Auch ergaben sich der Rechtswissenschaft noch Schwierigkeiten genug, die Hypothek mit dem alten Recht zu vereinigen, und die Juristen kamen nur dadurch leichter darüber hinweg, daß sie keine allgemeinen Begriffe und Principien an die Spitze ihrer Theorie stellten.

So klar sie den Kern der Sache erfaßten, haben sie doch vermieden, sich über die Natur des Rechts näher auszusprechen. Sie stellen es bald neben die übrigen iura in re, bald nennen sie es eine obligatio rei. Beide Bezeichnungen waren unentbehrlich und erschöpfen erst zusammen den vollen Umfang und Inhalt des Rechts. Denn wiewohl bei der Verpfändung körperlicher Sachen die Dinglichkeit des Rechts keinem Zweifel unterliegt, so besteht sie selbst hier in nichts Anderm, als daß dem Gläubiger zum Schutz seiner Forderung eine dingliche Klage gegeben wird. Ein Besitz und Gebrauch wie bei der Superficies, der Emphyteuse und den Servituten findet nicht Statt; der Schuldner haftet nur mit dem Werth der Sache, so daß der Gläubiger sie eventuell verkaufen darf. Und insofern das Pfandrecht den Römern als reines Accessorium einer Forderung galt, kann man nicht einmal sagen, daß die dem Gläubiger eingeräumte Befugniß eine Beschränkung des Eigenthums selbst enthalte. Denn sie dauert nur so lange, als die Forderung dauert, beschränkt also nur diejenigen Eigenthümer, welche die Sache übernehmen, ohne die Schuld zu bezahlen. Waren aber Forderungen Gegenstand der Verpfändung, so fiel die Annahme eines dinglichen Rechts von selbst hinweg: hier war in der That kein anderer Ausdruck als Obligatio am Platz. Im Wesentlichen blieb freilich das Verhältniß dasselbe. Statt des körperlichen Objects war dem Gläubiger ein unkörperliches zur Befriedigung angewiesen, diese aber erfolgte in der gleichen Form des Verkaufs wie dort. Allein ein Widerspruch lag doch darin, die Hypothek zum dinglichen Recht zu machen und sie zugleich bei Forderungen zuzulassen. Man kümmerte sich eben nicht um solche Inconsequenzen; es ist deshalb ein eitles Bemühen, sie aufheben zu wollen, indem man den einen oder andern Begriff zum ausschließlichen und absolut richtigen machen will.[69]

Auch bei dem Pfandrecht haben die Römer den Gegensatz von körperlichen und unkörperlichen Sachen festgehalten, während sie den von Mobilien und Immobilien übersprangen. So war ein dingliches Pfandrecht nur an den Objecten ihres Eigenthums möglich, hier aber für Mobilien und Immobilien als wesentlich

gleiches Recht. Umgekehrt gab es bei uns an Mobilien nur ein Faustpfand, das nicht als dingliches Recht im Sinne der Römer gelten konnte, für Immobilien und die ihnen gleich geachteten Rechte entwickelte sich dagegen früh ein besonderes Credit- und Pfandsystem, welchem das Gepräge der Dinglichkeit in viel stärkerer Weise aufgedrückt war. Denn wie das Eigenthum nur durch gerichtliche Auflassung übertragen wurde, so konnte auch das Pfandrecht nur in dieser Weise gültig bestellt werden. Es erhielt damit eine Festigkeit und Sicherheit wie das Eigenthum selbst und ward wie jedes andere durch Auflassung entstandene Recht geschützt.

Die neue Form der römischen Hypothek vermied also wohl die Beschränkungen der Fiducia und des Pignus, aber sie blieb dafür so formlos und unsicher, daß sie gerade den wesentlichen Zweck des Pfandrechts, Sicherstellung des Gläubigers, nicht vollständig erreichte. Formlos, weil zu ihrer Begründung ein gewöhnlicher Vertrag genügte, der an keinerlei Solennität geknüpft war und sogar stillschweigend eingegangen werden konnte; unsicher, weil Alles was Tauschwerth hatte, oder wie die Römer sagen quod emtionem venditionem recipit, auch Object der Hypothek sein konnte, selbst fremde und zukünftige Sachen unter der Bedingung des Erwerbs oder der Entstehung. Daher waren generelle Verpfändungen ebenso statthaft wie specielle: eine Heerde, ein Waarenlager, ein ganzes Vermögen konnte so gut wie eine einzelne Sache, ein Sclav oder Grundstück verpfändet werden. Bald ließ man auch eine Bestellung durch Testament zu, und neben die freiwilligen Pfandrechte traten die gesetzlichen, die fortwährend vermehrt wurden. So ging der Hauptvortheil der Hypothek, daß eine bestimmte Sache für eine Forderung Sicherheit leistet und mehrmals nach einander verpfändet werden kann, bis ihr Credit erschöpft ist, wieder verloren. Puchta nennt daher die Möglichkeit einer mehrmaligen Verpfändung ein und desselben Objects sehr charakteristisch einen eigenthümlichen Vorzug und Nachtheil der Hypothek, während sie bei gehöriger Ordnung des Pfandrechts erst den Credit einer Sache vollständig nutzbar macht, ohne eine Collision unter den verschiedenen Gläubigern herbeizuführen. Zwar wurden die Nachgläubiger in

Rom dadurch geschützt, daß der Schuldner ihnen die frühere Verpfändung anzeigen sollte, allein einmal war es nur ein indirecter Schutz, der dem Gläubiger bei einem gewissenlosen Schuldner das Nachsehen ließ, und sodann konnte bei den vielen gesetzlichen Pfandrechten der Credit, den eine Sache gewährte, gar nicht genau ermittelt werden. Daß dabei schließlich die Schuldner den Nachtheil zu tragen hatten, daß sie entweder gar keinen Credit fanden oder ihn theurer bezahlen mußten als an sich nothwendig gewesen wäre, liegt auf der Hand. Denn es ist eine alte Erfahrung, daß die Mängel der Creditgesetzgebung stets dem Schuldner zur Last fallen. So blieb ihnen später nichts übrig, als für jede irgend namhafte Schuld gleich das ganze Vermögen zu verpfänden und diese Verpfändung für jede folgende Schuld zu wiederholen. Dennoch war es im Fall der Insolvenz häufig, daß kein Pfandgläubiger vollständig befriedigt wurde. Die Kaiser sahen sich deshalb zu dem Ausweg genöthigt, einzelne Forderungen, wie vor Allem die des Fiscus, zu privilegiren und ihnen vor den übrigen einen Vorzug einzuräumen. Allein dadurch ward das Uebel nur verschlimmert. Erst am Ende der Entwicklung versuchte Kaiser Leo 469 nach Christo eine bessere Abhülfe, indem er ein Privileg der Form einführte, wonach das durch öffentliche Urkunden errichtete Pfandrecht den Privathypotheken vorgehen sollte.[70]

Aber es waren nicht bloß die mangelhaften Formen des Rechts, worin das Uebel lag, es war vor Allem die Creditlosigkeit des römischen Lebens selbst. Jeder Credit enthält einen Wechsel auf die Zukunft, er ist also nur da möglich, wo man vertrauen kann, es werde der Zukunft leichter fallen, für eine Schuld aufzukommen, als der Gegenwart, mit andern Worten nur wo eine fortschreitende Entwicklung Statt findet. Allein das war in Rom längst nicht mehr der Fall. Der Untergang des alten Bauernstandes, die ungleiche Bodenvertheilung, die einseitige Ausbildung des Handels auf Kosten des Ackerbaus, die Plünderung und Verwüstung der Provinzen und der Druck, der zuletzt in derselben Weise auf den Städten wie auf dem Lande lastete, hatten es nie zur Ausbildung eines selbständigen Realcredits kommen lassen. Die

Geschichte des römischen Grundbesitzes hatte schon ihr Ende erreicht, als sich das Pfandrecht erst zu entwickeln begann. Und wozu die frühere Zeit nicht gelangen konnte, dazu war am wenigsten in der spätern noch Kraft vorhanden: der Credit konnte nicht zu einem Bodencredit umgeschaffen werden, weil der Boden keinen Credit mehr hatte. Daher der für uns so auffallende Umstand, daß nirgends im römischen Recht die Hypothek an Immobilien als etwas Besonderes erscheint, genau so wie die Immobilien selbst unter dem übrigen Vermögen verschwinden. Die mangelnde Rechtssicherheit, welche für das Grundeigenthum aus dieser Gleichstellung folgte, kehrt bei dem Pfandrecht nur in verstärktem Maß wieder. Wohl hatte man den strengen Begriff des Eigenthums durchgeführt und wie überall im Privatrecht so auch hier das Princip der unbedingten Willensmacht verwirklicht, aber die nothwendige Sicherheit und Ordnung des Grundbesitzes, wie sie ein blühender Ackerbau und Handel gleich sehr voraussetzen, und ein den Bedürfnissen beider entsprechendes Pfandrecht hatte man nicht zu erzeugen gewußt.

Die Wissenschaft konnte nur die ältern Institute formell vollenden, aber keine neuen schaffen, zu denen mehr als juristische Technik gehörte. So künstlich darum die Theorie des Pfandrechts ausgebildet ist, es trägt doch entschiedener als andere Institute das Gepräge des wirthschaftlichen Verfalls. Denn nur seine äußere Seite gehört der Wissenschaft an; die innere, dem Leben zugewandte, vermag die beginnende Auflösung der römischen Zustände nicht zu verläugnen. Man sollte es kaum glauben, daß gleichwohl eine frühere Zeit die vollständige Anwendbarkeit des römischen Pfandrechts auf unsere Zustände behauptet hat, daß in Folge davon selbst die Festigkeit unseres deutschen Creditsystems erschüttert, und an seine Stelle das schwankende und unsichere Hypothekenrecht der Römer gesetzt wurde, das den Realcredit wieder zu einem bloß persönlichen Glauben macht. Wir schienen völlig vergessen zu haben, daß wir in der jüngern Form der Satzung (subpignus. Unterpfand) längst ein Institut hatten, das alle Vorzüge, aber nicht die Mängel der römischen Hypothek besaß, und welchem nichts als

die wissenschaftliche Ausbildung fehlte, um das fremde in jeder Hinsicht zu übertreffen.

Das älteste und lange Zeit einzige dingliche Recht, welches die Römer neben dem Eigenthum kannten, sind die Servituten. Sie vertragen sich auch allein mit dem Eigenthumsbegriff der ältern Zeit. Pfandrecht, Emphyteuse und Superficies werden immer nur in gekünstelter und gezwungener Weise mit demselben in Einklang zu bringen sein; man war eben, indem man sie zuließ, von dem alten Begriff abgegangen und hatte einen andern an seine Stelle gesetzt, welcher nicht mehr das Moment der Ausschließlichkeit enthielt.

Dagegen bilden die Servituten nur eine Ergänzung des Eigenthums, weil sie unter Umständen erst die volle Ausübung desselben möglich machen. Von dem Pfandrecht gilt das nach einer Richtung hin zwar auch, indem es dem Eigenthümer erst gestattet, den Werth, der in der Sache steckt, zu realisiren und auf die Sache selbst zu verwenden, und hätte man in Rom frühzeitig das Bedürfniß nach einer solchen Benutzung des Pfandrechts empfunden, so würde man auch den Begriff des Eigenthums hiernach modificirt haben. Noch in viel höherem Grade aber gilt es von den Servituten. Das nachbarliche Verhältniß bringt es auf dem Land wie in der Stadt mit sich, daß die Eigenthümer factisch durchaus nicht so selbständig und unabhängig von einander sind, als sie dem Recht nach scheinen. Diesem Bedürfniß mußte zumal bei der intensiven Ausbildung des römischen Eigenthums abgeholfen werden: es war in seiner schroffen Weise, die jeden Eigenthümer zum Souverain machte, wenigstens nicht ohne die Möglichkeit einer Milderung durchführbar, da seine Ausübung, der Ackerbau auf dem Lande wie das Beisammenwohnen in der Stadt, stets einen vielfachen Verkehr bedingt. Das Recht scheidet, das Leben verbindet. Die sogenannten Legalservituten setzten nur ein äußerst geringes Maß gegenseitiger Beschränkung fest, die Hauptsache blieb dem Privatverkehr überlassen, und das war im Sinn der Römer, die keine gesetzlichen Vorschriften über die Benutzung des Eigenthums dulden mochten, sehr natürlich. Die gewöhnlichste Art nun, wie zu allen Zeiten die nothwendige Rücksicht auf den Nachbarn geübt zu wer-

den pflegt, besteht einfach darin, daß man ihm erlaubt, Etwas zu thun, oder verspricht, Etwas nicht zu thun, wozu man dem Recht nach im einen wie im andern Fall nicht verpflichtet ist. Gewiß ist das bei den Römern so gut wie bei uns geschehen, bald in Form einer vorübergehenden bloßen Gefälligkeit, bald in der eines eigentlichen Vertrags. In letzterem Falle entstand zunächst ein persönliches Rechtsverhältniß zwischen den beiden Eigenthümern, das wenn es in rechtsgültiger Weise begründet war auch eine persönliche Klage erzeugte. Allein damit wäre sehr häufig der Zweck nicht vollständig erreicht worden, überall da nämlich, wo es darauf ankam, dem Eigenthum selbst einen bleibenden Vortheil zu verschaffen, mit andern Worten das Recht zu einem dinglichen zu machen, so daß es nicht bloß für und wider eine bestimmte Person galt, sondern gleichsam als juristische Eigenschaft auf die beiden Grundstücke überging. Das römische Recht stellte deshalb schon in der ältern Zeit Formen auf, in denen unter gewissen Voraussetzungen auch dieser Zweck erreicht werden konnte: eine künstliche Erweiterung des Eigenthums auf der einen, eine Beschränkung desselben auf der andern Seite. Dafür wurden wie für das Eigenthum selbst, sobald die Form der Errichtung gewahrt war, dingliche Rechtsmittel gegeben, die gleich den Besitz- und Eigenthumsklagen gegen jeden Dritten gingen.

Servituten sind also dingliche Rechte, welche die natürliche Freiheit des Eigenthums für den einzelnen Fall aufheben. Die Sache dient nicht bloß dem Eigenthümer, sondern noch einem Zweiten, daher der bildliche und im Sinn der Römer vollkommen treffende Ausdruck Servitus. Ohne Zweifel sind sie älter als der Name, wie die begriffliche Entwicklung überall jünger ist als die Rechtsbildung selbst. Allein sobald man sie juristisch zu formuliren suchte, mußte man sie dem Eigenthum gegenüberstellen, und da dasselbe schon das ausschließliche Recht an der Sache enthielt, als eine Servitut oder Dienstbarkeit der Sache auffassen. So ist die Ausbildung der Servitutenlehre in voller Uebereinstimmung mit dem Begriff des Eigenthums erfolgt, und diese Uebereinstimmung, die nicht erst der klassischen Jurisprudenz, sondern bereits dem alten

Civilrecht angehört, ist es was dem Institut seinen besondern Reiz verleiht. Sie gilt vor Allem für die Realservituten, für welche ursprünglich allein ein Bedürfniß vorhanden war und bei denen sich daher der Begriff am reinsten entwickelt hat.

Die persönlichen Servituten, auf welche die Theorie erst später übertragen wurde, sind jüngern Ursprungs und gehen schon über das Wesen des Rechts hinaus. Aeußerlich zeigt sich dies daran, daß sie von den Römern gleich dem Pfandrecht, der Emphyteuse und Superficies regelmäßig nicht Servituten, sondern schlechthin Jura genannt werden, innerlich tritt es besonders bei dem Nießbrauch hervor, der dem Eigenthümer nur das nackte Eigenthumsrecht übrig läßt, Detention, Gebrauch und Genuß der Sache aber auf den Nießbraucher überträgt. Er kann getheilt werden und ist der Ausübung nach veräußerlich, weil zwar die Beziehung auf ein bestimmtes Subject fortdauert, der Ertrag aber freie Verwerthung gestattet. Aber auch der Usus ist mehr als bloße Servitut. Denn obgleich er dem Usuar nur den persönlichen Gebrauch der Sache ohne eigentlichen Ertrag gewährt, wird der Eigenthümer doch insoweit ebenfalls von der Benutzung ausgeschlossen, mag dieselbe nun im Gebrauch oder im Fruchtgenuß bestehen.

Anders bei den Realservituten. Hier ist dem Eigenthümer in Folge der Servitut nur eine einzelne Befugniß entzogen, während er im Uebrigen die volle im Eigenthum liegende Herrschaft behält. Da diese theils in dem Ausschlusse Anderer, theils in der eigenen freien Verfügung sich äußert, so kann die Beschränkung nur darin liegen, daß er entweder etwas dulden muß (in patiendo), zum Beispiel einen Weg, eine Wasserleitung, den Mitgebrauch einer Quelle, wozu er sonst nicht verpflichtet ist, oder daß er etwas nicht thun darf (in non faciendo), wie zum Beispiel höher bauen, das Licht entziehen, einen Brunnen graben, wozu er an und für sich berechtigt wäre. Im einen Fall verliert er die Befugniß, etwas zu verbieten, im andern, etwas zu thun. Activ und passiv ist das Recht an das Eigenthum zweier Grundstücke gebunden und nur mit diesem veräußerlich. Insofern daher die Möglichkeit einer solchen Beschränkung nur das Grundeigenthum trifft, erscheint das-

selbe ungeachtet seiner abstracten Gleichstellung mit dem beweglichen Eigenthum doch als besonders qualificirtes Recht.

Weiter gehende Verpflichtungen können nicht als Servituten bestellt werden, weil darüber hinaus weder eine Eigenthumsbefugniß, noch ein Dienen der Sache möglich ist. Positive Leistungen würden ein Dienen des Eigenthümers enthalten, dies aber kann nach römischem Recht nicht als dingliche Last auf das Eigenthum gelegt werden. So natürlich es den Römern schien, die Freiheit der Person aufzuheben, so unnatürlich schien es ihnen, die Freiheit des Eigenthums zu beschränken. Aber eben weil das Alterthum sich nicht von der Sclaverei losmachen konnte, wurde kein Bedürfniß empfunden, die persönliche Unfreiheit dadurch zu mildern, daß man die Lasten der Person abnahm und auf den Grund und Boden übertrug. Und doch wäre dies das einzige Mittel gewesen, wie man allmählich zu einer Ueberwindung der Sclaverei hätte gelangen können. So streng man für den Bürger an der persönlichen Freiheit als einem politischen Recht festhielt, das der Privatdisposition entzogen war, ebenso streng wurde die Freiheit des römischen Eigenthums behauptet. Auch die Pflicht zur Erhaltung einer Mauer, welche ein fremdes Gebäude trägt, macht davon keine Ausnahme, weil die Servitut hier nur ein fortdauerndes Gewähren der dienenden Sache, nicht unmittelbar ein Handeln des Eigenthümers verlangt.[71] Sie zeigt indeß, daß das Princip in seiner ganzen Consequenz nicht durchführbar war, und daß wir daher bei Wegservituten zum Beispiel auch die Pflicht zur Unterhaltung des Weges getrost in die Servitut mit einschließen dürfen.

Der Eigenthumsbeschränkung gegenüber besteht der Inhalt der Servitut umgekehrt darin, daß der Berechtigte auf fremdem Boden etwas thun oder haben, oder dem Eigenthümer etwas verwehren darf, dem pati gegenüber in einem facere oder habere, dem non facere gegenüber in einem prohibere. Hieraus folgt, daß die Servitut nicht wie es früher geschah als abgelöste Eigenthumsbestandtheile aufgefaßt werden können. Ihr Inhalt bildet vielmehr das Gegentheil von der dem Eigenthümer entzogenen Befugniß: was dieser verliert, geht nicht auf den Berechtigten über,

und was der Berechtigte erwirbt, verliert der Eigenthümer nicht.[72] Der letztere darf auf seinem Grundstück ebenfalls gehen, fahren, Wasser schöpfen, einem Dritten verbieten höher zu bauen, einen Brunnen zu graben und dergleichen; dagegen verliert er im einen Fall das Recht, den Inhaber der Servitut von einer Mitbenutzung des Eigenthums auszuschließen, und im andern, zum Nachtheil der Servitut selbst einen bestimmten Gebrauch davon zu machen. Nirgends besteht die Beschränkung in dem directen Uebergang einer Eigenthumsbefugniß auf den Berechtigten; dies würde eine Theilung des Eigenthums als möglich voraussetzen, welche das römische Recht nicht kennt. Selbst die scheinbar gleichen Befugnisse haben eine andere Natur als Eigenthums-, und eine andere als Servitutbefugnisse.

Wie allgemein und mit Recht angenommen wird, sind die Realservituten älter als die Personalservituten. Und zwar scheinen die Landservituten wieder älter als die Häuserservituten zu sein. Wenigstens deutet die Mancipationsfähigkeit der erstern darauf, daß für sie früher das Bedürfniß nach einer bequemen Erwerbsform vorhanden war als für die Häuserservituten, ganz abgesehen davon, daß der Ackerbau älter ist als das Beisammenwohnen in der Stadt. Doch mochte für die Häuserservituten das Bedürfniß einer leichtern Erwerbsform zugleich aus dem Grund minder fühlbar sein, weil ihre Entstehung nur in Rom gedacht werden kann, hier aber der Prätor zur Vornahme der Injurecession jederzeit zugänglich war. Wie dem auch sei, jedenfalls gehen die Landservituten in sehr frühe Zeit zurück. Wir dürfen annehmen, daß manche von ihnen ebenso alt sind als das Sondereigen am Grund und Boden, und daß ihre Ausbildung Hand in Hand mit der des letztern erfolgte. Bei dem System der römischen Landauftheilung, das für den Acker keinerlei Feldgemeinschaft bestehen ließ, wäre eine Bestellung des Bodens ohne die Möglichkeit gegenseitiger Beschränkung gar nicht ausführbar gewesen. Bei uns blieb selbst für das aufgetheilte Ackerland eine gewisse Gemeinschaft der Benutzung erhalten, welche die Art und Weise derselben regelte und keinem Markgenossen eine unbedingt freie Wirthschaft gestattete, die Römer haben gleich mit

der Separation des Grundeigenthums begonnen und im Princip weder dem Recht noch dem Gebrauch nach eine Beschränkung desselben zugelassen. Daß dies möglich war, hat in der früh entwickelten Cultur seinen Grund, wie denn bei uns nicht blos das Eigenthum, sondern auch der Anbau in der ältesten Zeit viel weniger intensiv zu denken ist wie in Rom.

Feige, Rebe und Oelbaum sind in Italien uralt und gestatteten von Anfang an neben dem Bau von Körnerfrüchten eine förmliche Gartencultur; das wärmere Klima ließ auf demselben Acker Baum- und Feldfrüchte zugleich reifen und machte bei gehöriger Bodenbestellung in Einem Jahre eine mehrmalige Ernte möglich. Daher war es natürlich, daß sobald der Acker einmal aufgetheilt wurde, diese Auftheilung vollständig erfolgte und keinerlei Gemeinschaft der Benutzung mehr bestehen ließ, welche die freie Wirthschaft des Einzelnen gehindert hätte. Der Begriff des Privateigenthums also, der von der hausherrlichen Gewalt abgeleitet war und sich zuerst am Sclaven- und Viehstand ausgebildet hatte, konnte unverändert auch auf das Eigenthum am Grund und Boden übertragen werden. Weit weniger ergiebig dagegen war der älteste deutsche Ackerbau. So verschieden die Ansichten über ihn sein mögen, so ist doch das wenigstens unzweifelhaft, daß seine Entwicklungsstufe eine tiefere war, als die des ältesten römischen, von der wir Kunde haben. Schon die Beschreibung, welche Tacitus von der Beschaffenheit unseres Landes macht, läßt die Annahme einer höhern Bodencultur nicht zu; ja es scheint, daß man ursprünglich nicht blos mit der Bestellung der Felder, sondern mit diesen selbst gewechselt habe. Arva per annos mutant, die Felder werden jährlich gewechselt, et super est ager, das heißt nicht etwa, ein Theil bleibt brach, sondern es ist Ackerland genug vorhanden, um diesen Wechsel zu ermöglichen. Erst als mit steigendem Anbau sich das Ackerland fixirte, mag man allgemein zu einer Dreifelderwirthschaft übergegangen sein. Aber diese ließ ebenso wenig eine freie Bewirthschaftung des Einzelnen in römischem oder gar modernem Sinne zu, und an sie zunächst hat sich die spätere Feldgemeinschaft angeschlossen, wie sie zum Theil bis auf unsere Tage

fortgedauert hat. Alles, was Tacitus vom altgermanischen Ackerbau berichtet, deutet auf eine sehr extensive Wirthschaft mit möglichst geringer Arbeits- und Capitalverwendung, bis allmählich ein nachhaltiger und stufenweis sich steigernder Fortschritt eintrat, umgekehrt wie bei den Römern, die gleich mit einer höhern Cultur begannen, dafür aber im Wesentlichen bei der einmal eingenommenen Stufe stehen blieben. So konnte man bei uns kein unbeschränktes Sondereigen brauchen, denn dem Zustand des Anbaus mußte nothwendig eine geringere Intensität des Eigenthums entsprechen, während in Rom die schroffe Ausbildung desselben fast wieder über die Zwecke des Ackerbaus hinausging.

Eben darum war eine Ergänzung nothwendig, und diese bildeten die Servituten. Sie sind im engsten Anschluß an die Bedürfnisse der römischen Landwirthschaft entstanden, wie gerade die ältesten, die Weg- und Wasserservituten zeigen (iter, actus, via, aquaeductus). Ohne Wegservituten wäre überhaupt keine vollständige Benutzung des Bodens möglich gewesen, zumal wo nicht schon durch die Landtheilung selbst ausreichend für Wege gesorgt war, ohne Wasserservituten, die bei der warmen Sonne doppelte Bedeutung hatten, keine eigentliche Cultur desselben. Beide haben wir geraume Zeit entbehren können, weil die Weggerechtigkeiten, soweit sie nicht mit den Triften und Huteflächen zusammenfielen, gegenseitig aus der Feldgemeinschaft folgten, für besondere Wasserservituten aber kein Bedürfniß vorhanden war. Desto wichtiger sind später für uns die sogenannten Weideservituten geworden, die freilich erst seit der Reception des römischen Rechts unter den Begriff von Servituten gebracht wurden. Das ältere Recht kannte also den Begriff überhaupt noch nicht, wogegen er sich in Rom gleich anfangs als besonderes Recht neben das Eigenthum stellte. Das praktische Bedürfniß bestimmte zugleich seinen Charakter und Inhalt, bis er durch die Theorie dann eine weitere, kunstgemäße Begründung und Entwicklung fand. Ueber den praktischen Zweck sind aber die Juristen auch hier nicht hinausgegangen, und die meisten Regeln, die sie aufstellten, wie zum Beispiel die der Un-

theilbarkeit und Unveräußerlichkeit, erklären sich schon aus der factischen Natur des Rechts.[73]

Eine ähnliche Rücksicht auf den Nachbarn rief in der Stadt die Häuserservituten hervor, die wenngleich jünger als die Landservituten doch ebenfalls in eine frühe Zeit hinaufreichen. Die Eigenthümlichkeit des städtischen Hausbaus machte in Rom zu Gunsten anstoßender oder benachbarter Häuser ähnliche Beschränkungen des Eigenthums nöthig, wie der Ackerbau zu Gunsten anstoßender oder benachbarter Grundstücke. Ja das Bedürfniß war hier zum Theil noch dringender, wo die Häuser reihenweis dicht an einander gebaut wurden. So entstand eine zweite Art von Gerechtsamen, die unter den Begriff einer Servitut fielen. Doch hatten sie in der Regel einen andern Inhalt, weil das städtische Leben andere Beschränkungen des Eigenthums mitbrachte, als der Ackerbau. Es bildeten sich daher zunächst besondere Servituten für die Stadt, wie es solche für das Land gab, und wo der Inhalt der Befugniß dem Namen nach der gleiche war, war es darum doch nicht die Natur derselben. Das Recht mußte also den Unterschied festhalten und weiter entwickeln. Es blieb nicht bei dem äußern Moment der Unterscheidung stehen, sondern gab ihr einen andern Sinn, wonach ohne Rücksicht auf die Lage jede Servitut als Häuserservitut angesehen wurde, die für ein Gebäude bestellt war. Hieran knüpfte man die weitere Folge, daß nach dem verschiedenen Zweck der Servituten entweder eine Verbindung mit dem Boden oder nur mit der Superficies angenommen, bei Landservituten also für das Erste, bei Häuserservituten für das Zweite präsumirt werden sollte. Wie es scheint haben die Römer später beide Eintheilungen zuweilen geradezu mit einander verwechselt.[74] Neuere haben das äußere Moment ganz fallen lassen und den Unterschied allein im Inhalt der Servitut finden wollen, so daß die Befugniß etwas zu thun eine Landservitut, die etwas zu haben oder zu verbieten eine Häuserservitut geworden sei. Das würde der spätern Entwicklung allerdings entsprechen, nur haben wir keinen Beweis dafür, daß die Römer wirklich soweit gegangen sind.

Nachdem sich ein eignes Servitutenrecht gebildet hatte, war

es natürlich, dasselbe auch in dem Fall anzuwenden, wo einer bestimmten Person Nutzungsrechte an Sachen eingeräumt wurden. Es geschah das zunächst durch letztwillige Dispositionen. Als Vermächtnisse dieser Art häufiger vorkamen, erkannte man die übertragenen Rechte, wenn sie unmittelbar auf die Sache gingen, als eine neue Klasse von Servituten an. Eine besondere Aufforderung dazu lag für die Römer theils in den Beschränkungen des alten Erbrechts, theils in der spröden Natur ihres Eigenthums: es war eines von den wenigen Mitteln, dieselbe Sache Mehreren zugleich oder nach einander nutzbar zu machen. Man ließ also dingliche Nutzungsrechte an fremder Sache zu, die auf einen persönlichen Gebrauch des Berechtigten gestellt waren. Der Vortheil bestand nicht wie bei den Realservituten bloß in einer einzelnen Befugniß, welche zu Gunsten eines Grundstücks, aber für immer eingeräumt war, sondern regelmäßig in dem gesammten Gebrauch, den die Person so lange sie lebte ihrem Bedürfniß gemäß von der Sache machen konnte. Hielt man nun auch an dem Princip fest, das Eigenthum möglichst wenig durch anderweite dingliche Rechte zu beschränken, so war der Inhalt der Servitut doch von Haus aus viel ausgedehnter wie dort. Nur in ihrer vorübergehenden Dauer lag die Gewähr, daß die Integrität des Eigenthums erhalten bleibe, für die Zeit ihres Bestandes dagegen entzog sie dem Eigenthümer den Gebrauch vollständig. Dazu kam, daß man bei Testamenten die dem Bedachten günstigere Auslegung, daher eine freiere Benutzung eintreten ließ als sie dem Recht nach zulässig war. Um dem Willen des Testators zu genügen, durfte man schon von dem Princip abgehen, da das Testament in gewissem Sinn selbst als Gesetz galt. So entstand neben dem Gebrauchsrecht und seinen besondern Arten (usus, habitatio, operae) gleichzeitig oder vielleicht sogar früher noch eine weitere Servitut, welche den gesammten Ertrag der Sache umfaßte, der Usufructus oder Nießbrauch, und dieser wurde bald häufiger als der bloße Usus, besonders bei Sclaven, Häusern und Grundstücken.[75] Hier wurden die Schranken des alten Rechts völlig gebrochen; der Berechtigte war nur verpflichtet, die Sache nach beendetem Nießbrauch in ihrer Integrität

dem Eigenthümer oder seinem Erben herauszugeben und wegen der Gefahr eines Mißbrauchs Sicherheit durch Bürgen zu stellen.

Es war deshalb consequent, daß man später unter dem Vorbehalt der Wiedererstattung bei Ende des Rechts auch an solchen Sachen Nießbrauch zuließ, deren Benutzung in einer einfachen Consumtion bestand. Veranlassung dazu scheinen wieder die letztwilligen Verfügungen gegeben zu haben, wie das bestätigende Senatusconsult ausdrücklich sagt: ut omnium rerum quas in cuiusque patrimonio esse constaret ususfructus legari possit. Da das Eigenthum auf den Berechtigten überging, war die Annahme eines regulären Nießbrauchs unstatthaft. Man stellte daher den Begriff eines Quasiususfructus auf und behandelte ihn im Uebrigen soweit es möglich war dem ächten analog. Ja man ging endlich noch einen Schritt weiter und ließ selbst einen Nießbrauch an Forderungen zu. Bei dieser Ausdehnung fiel natürlich der eigentliche Charakter der Servitut hinweg; es war ein Verhältniß, das gleich der Hypothek an einem bloßen Recht oder einer Forderung über den strengen Unterschied dinglicher und persönlicher Rechte schon hinaus lag.

Die Aufnahme des römischen Servitutenrechts begründete in mehrfacher Hinsicht einen Fortschritt für uns. Personalservituten waren unserm Recht in der römischen Art ganz unbekannt gewesen. Wir bedurften ihrer in der ältern Zeit nicht, weil wir ein anderes Eigenthum und vor Allem ein anderes eheliches Güterrecht hatten; die verschiedenen Formen des Leibgedings und Witthums befriedigten im Ganzen dieselben Bedürfnisse wie der römische Nießbrauch. Mit dem Aufkommen der Testamente bot sich aber auch bei uns Gelegenheit zu ihrer Anwendung. Nur wurde von ihnen wie von der Testirfreiheit überhaupt ein viel spärlicherer Gebrauch gemacht, und der Unterschied zwischen Usus und Ususfructus scheint unserm Rechtsbewußtsein nie recht geläufig geworden zu sein. Vielleicht mit Ausnahme eines als Servitut bestellten Wohnrechts dürfte kaum ein reiner Usus vorkommen. Der gewöhnlichste Fall seiner Anwendung ist mit der Sclaverei von selbst hinweggefallen.

Realservituten sind allerdings nicht erst durch das römische

Recht neu eingeführt worden. Der Sache nach haben wir sie viel früher gekannt, wenn auch in anderer Form. Landservituten ergaben sich in großer Zahl aus der ältern Feldgemeinschaft, dem Hofrecht oder dem gutsherrlichen Verband; die Häuserservituten entwickelten sich gleichzeitig mit dem Aufkommen der Städte im zwölften und dreizehnten Jahrhundert. Was uns dagegen fehlte, war der eigenthümliche Begriff der Servitut: gerade so wie der Begriff des römischen Eigenthums. Es gab bei uns keine Servituten, sondern nur gesetzliche Eigenthumsbeschränkungen oder selbständige Gerechtsame, die entweder gleich dem Eigenthum als Ausfluß einer Gewere oder als persönliche Befugnisse galten. Und die darauf bezüglichen Rechtsgrundsätze wurden ebenfalls weit öfter durch Herkommen und Statuten als durch freiwillige Uebereinkunft festgestellt. Indem nun die römische Theorie Aufnahme fand, konnte sich vor Allem der Eigenthumsbegriff schärfer ausbilden, weil wir uns auf diese Weise daran gewöhnten, gleich den Römern von der natürlichen Freiheit des Eigenthums auszugehen. Die allgemeine Richtung der Zeit kam dieser Entwicklung auf dem Gebiet des Rechts wesentlich entgegen. Sie ging seit dem sechszehnten Jahrhundert mehr und mehr auf Befreiung des Grundeigenthums von allen Lasten und Dienstbarkeiten. Das Eigenthum am Boden wurde mit steigender Cultur intensiver und näherte sich dem Capitaleigenthum, welchem solche Beschränkungen von Anfang an fremd gewesen waren. Die Almenden wichen zurück, das Sondereigen gewann äußerlich mehr Raum und bildete sich auch innerlich zu einem stärkern Recht aus. Die Aufnahme des römischen Rechts hat also diese Entwicklung sehr gefördert und erleichtert; wir dürfen sagen, daß wir ohne sie gewiß nicht so bald zum Begriff eines freien Eigenthums gelangt wären. Gerade die schärfere Formulirung desselben war der Fortschritt, den das wirthschaftliche Leben verlangte und in der Reception des römischen Rechts bereits vollzogen sah.

Drittes Capitel.

Obligationenrecht.

Dem Eigenthum haben die Römer in überaus früher Zeit die Schuldforderung als wesentlich davon verschiedenes und völlig selbständiges Recht gegenübergestellt. Oekonomisch und vielleicht auch logisch nicht ganz richtig: denn ist das Capital nichts als das Product früherer Arbeit, mit andern Worten Eigenthum, so kann auch das geliehene oder creditirte Capital nicht bloß im Gegensatz zum Eigenthum stehen. Allein vom Begriff des Capitals sind die Römer bei der Bildung ihres Obligationenrechts eben nicht ausgegangen, sondern von dem einer rein persönlichen Forderung oder eines bloßen Darlehns. Und so mußte sich für sie von Haus aus ein diametraler Gegensatz von Eigenthum und Forderung ergeben, der durch keinen übergeordneten Begriff verbunden scheint. Das Eigenthum ist die unmittelbare Herrschaft über eine körperliche Sache, die Obligation der Anspruch auf eine persönliche Leistung; jenes ein unbedingtes Recht, daher gültig gegen jeden Dritten, weil die directe Beziehung des Herren zur Sache alle Andern davon ausschließt, diese nur eine Forderung des Einen gegen einen bestimmten Zweiten, daher ursprünglich von der Person des Gläubigers wie des Schuldners unablösbar.

Natürlich hat sich der abstracte Begriff der Obligation, der eine Menge verschiedener Rechtsverhältnisse einschließt, erst viel später entwickelt, etwa zu Ende der Republik, als sich das ursprüngliche System von Forderungen bedeutend erweitert hatte, allein der spätere Begriff der Obligation ist dem reinen einfachen Schuld-

verhältniß der ältern Zeit nur nachgebildet, und so mannigfach die Geschäfte des täglichen Verkehrs später sein mochten, keines verläugnet den Charakter seines ursprünglichen Urbilds, auf alle werden die Ausdrücke Creditor und Debitor angewandt, die von dem Darlehn hergenommen sind und eigentlich nur für dieses völlig passen. Ganz anders bei uns, wo der Ausdruck Gläubiger bis auf den heutigen Tag dem gemeinen Mann nicht recht geläufig ist; es sind eben Uebersetzungen der römischen Begriffe, die erst mit der Aufnahme des römischen Rechts in Uebung gekommen sind.[76] Gerade dieses Darlehn nun, das Prototyp des römischen Obligationenrechts, finden wir in überaus früher Zeit ausgebildet, selbständig neben dem Eigenthum, ohne alle Beziehung zu ihm, nicht wie bei uns der Rentenkauf von ihm abgeleitet, sondern als vollkommenen Gegensatz. So einseitig uns dies vorkommt, für die frühzeitige Ausbildung des Unterschieds zwischen dinglichen und persönlichen Rechten, worauf zuletzt doch alle Sicherheit des Privatrechts ruht, war es ein unschätzbarer Gewinn. Statt von einer Eintheilung der Rechtsobjecte ging man gleich von einer Eintheilung der Rechte aus und hatte damit die Grundlage für jede weitere systematische Unterscheidung gefunden.

Es wird erzählt, daß schon wenige Jahre nach Vertreibung der Könige das gemeine Volk über unerträgliche Härte in der Anwendung der Schuldgesetze von Seiten der Patricier geklagt habe. Nur mit Mühe sei es gelungen, dasselbe zweimal kurz hintereinander zum Kriegsdienst gegen benachbarte Stämme aufzubieten. Als aber nach glücklicher Beendigung des zweiten Feldzugs den Beschwerden keine Abhülfe geworden, sei es noch als Heer geordnet von den Thoren Roms hinweg auf einen Berg in der Nähe gezogen, um hier für sich allein eine neue Stadt zu gründen. Dadurch seien die Patricier zum Nachgeben und um dem Volk einen verfassungsmäßigen Schutz gegen Bedrückung oder Parteilichkeit zu sichern, zur Errichtung des Volkstribunats vermocht worden, nachdem Menenius Agrippa in der bekannten Fabel vom Magen den Ausgewanderten das Verkehrte ihres Entschlusses einleuchtend gemacht habe. Wenn nun auch die Erzählung noch sagenhaft klingt

und vielleicht auf eine etwas spätere Zeit zu beziehen ist, so ist sie doch nicht das einzige Zeugniß, was wir über den frühzeitigen Nothstand der ärmern Klassen haben. Die Klagen über Schuldenlast sind so alt wie die römische Geschichte; neben der agrarischen läuft die Schuldgesetzgebung von Anfang bis zu Ende der Republik fast wie ein nothwendiges Uebel her, ohne ihren Zweck, Heilung der wirthschaftlichen Schäden, jemals zu erreichen.

Aber wie ist es möglich, daß in einem Staat, dessen Grundlage noch Jahrhunderte lang der Ackerbau blieb, sich schon ein Schuldverkehr bilden konnte? Und wie konnten überhaupt Geldgeschäfte vorkommen, da erst Servius Tullius Kupferstücke mit Zeichen versehen ließ und eigentliche Münzen erst von den Decemvirn geprägt wurden? Nicht anders, als wenn wir annehmen, daß Rom von Anfang an zugleich Handelsstadt war, daß neben dem Ackerbau in der Hauptstadt auch ein lebhafter Tauschverkehr getrieben wurde, daß daher die reichen Patricier der bäuerlichen Plebs nicht bloß als große Grundbesitzer, sondern zugleich als Capitalisten und Schuldherren gegenüber standen. Die alte Klage, daß die persönliche Dienstpflicht den gemeinen Mann viel härter trifft als den Reichen, da sie den Haushalt der nothwendigen Arbeitskraft beraubt, von eigentlichen Kriegsschäden ganz zu schweigen, wiederholt sich in Rom unzählige Male, bis endlich der zweite punische Krieg den kleinen Hufner völlig zu Grunde richtete, ähnlich wie bei uns der karolingische Heerbann den gemeinfreien Mittelstand. Das aber war in Rom anders, daß der gedrückte Arme zunächst zu Anleihen seine Zuflucht nehmen konnte, um die Verluste wo möglich wieder auszugleichen, und daß es schon in der ältesten Zeit Capitalisten gab, die sich zu wucherlichen Geschäften bereit fanden. So lösen sich die Gegensätze in der Geschichte wie im Recht; so erklärt es sich, wie namentlich das letztere von Haus aus mit zwei verschiedenen Begriffen, Eigenthum und Forderung, beginnen konnte, die völlig fremd, ja feindselig einander gegenüber stehen, während der zweite doch nur eine Unterart des ersten und von ihm abgeleitet ist.

Es erklärt sich damit auch, wie gerade in der ältesten Zeit

die Verschuldung besonders bitter und drückend empfunden wurde. Denn offenbar war die Periode von den letzten Königen bis auf die zwölf Tafeln die Zeit des Uebergangs von der Natural- zur Geldwirthschaft, wie sie bei uns etwa im fünfzehnten und sechszehnten Jahrhundert eintrat. Jede wirthschaftliche Veränderung drückt aber wenigstens vorübergehend die Armen, indem sie zunächst nur die Nachtheile, nicht die Vortheile der Veränderung empfinden, genau so wie der Uebergang im sechzehnten Jahrhundert auch bei uns zuerst nur schmerzliche Klagen hervorrief, so daß Manche in allem Ernst das verhaßte Geld wieder ganz abgeschafft wissen wollten. In der That sind die Bauernkriege jener Zeit das Seitenstück zur Secession der römischen Plebs: soweit abliegend die Perioden sein mögen und so wenig Vergleichbares sie sonst haben, die Analogie ist unverkennbar. Was also in Rom zu Anfang der Geschichte Statt fand, das fällt bei uns anderthalbtausend Jahre später; das freie, beiderseits aufkündbare Darlehn, womit dort die Entwicklung beginnt, hat sich in Deutschland erst im sechzehnten Jahrhundert verbreitet. Nur darin liegt ein tief greifender Unterschied, daß die Bewegung bei uns allen Ständen sich mittheilte und eine unendliche Steigerung des wirthschaftlichen Lebens begründete, während sie in Rom nur äußerlich eine solche bewirkte und niemals dem ganzen Volk zu gute kam. Was aber für seine Geschichte vielleicht die Quelle alles Uebels war, die vorzeitige und verfrühte Geldwirthschaft, das war für das Recht die Wurzel der eigentlichen Entwicklung, die Scheidung von dinglichen und persönlichen Rechten oder was dasselbe ist die Ausbildung eines selbständigen Obligationenrechts neben dem Sachenrecht.

Mit derselben Strenge und Schärfe, womit die Römer das Eigenthum auffaßten, haben sie auch die Forderung behandelt. Wie jenes die volle rechtliche Herrschaft über eine körperliche Sache ist, so ist die Forderung das einseitige und unbedingte Recht auf die Leistung einer Person. Dort erscheint die Dinglichkeit des Rechts so sehr gesteigert, daß es wie eine Eigenschaft an der Sache haftet und allein durch den Willen des Herren auf einen Andern übergehen kann, hier hat die rechtliche Herrschaft mit einem ding-

lichen Recht gar nichts gemein, so daß sie ursprünglich nicht einmal als Gegenstand des Vermögens gilt. In der speciellen Richtung auf eine bestimmte Person aber ist die Forderung ebenso unbeschränkt als das Eigenthum in seiner directen Beziehung zur Sache. Nur insofern erscheint die privatrechtliche Natur der erstern schwächer, als sie dem Staat gegenüber minder entwickelt ist. Ueber Eigenthum und Familienrechte kann der Einzelne mit dem Staat vor Gericht streiten, über Forderungen ist, wenigstens in der ältern Zeit, kein Streit zwischen Einzelnen und dem Staat zulässig, vielmehr verschafft sich dieser in einem solchen Fall durch seine Behörden selber Recht: ein Beweis, daß die Selbständigkeit des Privatrechts dem Staat gegenüber nicht vom Begriff des Vermögens, sondern von einem andern Standpunkt aus behauptet worden ist, und sodann weiter, daß auch in Rom das Recht der Forderungen jünger ist als das der Familie und des Eigenthums.[77] Davon abgesehen aber sind beide gleich intensiv.

Das zeigt sich insbesondere bei der Execution im Prozeß. Bekanntlich ist diese bis auf die Kaiserzeit keine eigentliche Vollstreckung, sondern nur weitere Rechtsverfolgung gewesen; eine Vollstreckung in unserem Sinn gab es nicht, da der Staat weder im Eigenthums- noch im Schuldprozeß direct in das Dominium des Bürgers eingreifen darf. So wenig er den verurtheilten Besitzer unmittelbar zwingen kann, seinen Sohn oder Acker dem Kläger herauszugeben, so wenig kann er den schuldigen Beklagten direct zur Leistung gegen den Gläubiger anhalten. Allerdings, der Schuldner muß zahlen, und es liegt sehr in seinem Interesse, daß er es thut, denn nur dadurch kann er die Schuld von der Haftbarkeit seiner Person ablösen, allein wenn er es nicht thut, so hat der Staat selbst im Fall der Solvenz keine Macht, vom Widerspänstigen die Leistung, welche den Inhalt der Forderung bildet, zu erzwingen. Geht also die Forderung auf eine bestimmte Geldsumme, so bleibt nichts übrig als den Schuldner im weitern Verfahren dem Gläubiger als Schuldknecht zuzusprechen, geht sie auf ein Thun oder Leisten anderer Art, so muß sich der Gläubiger mit dem Interesse begnügen, und wenn der Schuldner auch dies nicht

zahlt, wird wie im ersten Fall verfahren. Die vermeintliche Strenge des römischen Schuldrechts ist nur die einfache Consequenz von der persönlichen Natur der Forderung. Das zeigen auch die Worte liberare, solvere, womit noch in spätester Zeit die Aufhebung der Obligation bezeichnet wird. Uns ist diese ganze Anschauung jetzt fremd geworden, trotzdem wir in der ältern Zeit ebenfalls die Schuldknechtschaft gekannt haben; wir sagen nicht mehr, der Schuldner befreit, löst sich, sondern er erfüllt. Gerade die Execution aber zeigt, wie im Grunde doch Eigenthum und Forderung homogene und verwandte Rechte sind. Denn daß der Staat den Schuldner ebensowenig zwingen kann wie den Beklagten im Vindicationsprozeß, und daß der Schuldner umgekehrt durch thatsächliche Leistung seine persönliche Haftpflicht aufhebt, ist nur dadurch zu erklären, daß der Gegenstand der Leistung schließlich ebenso wie bei dem Eigenthum auf eine Sache oder einen Sachwerth geht, mit andern Worten ein vermögensrechtlicher ist.

Der Prozeß war denn auch der Punkt, von wo der Unterschied dinglicher und persönlicher Rechte den Römern zuerst zum Bewußtsein kam. Gewiß haben sie nicht daran gedacht, die verschiedenen Rechte gleich anfangs begrifflich zu bestimmen; es ist dies vielmehr zum großen Theil erst das Werk der spätern Jurisprudenz, wie denn die einzelnen Bestandtheile des privatrechtlichen Dominiums nur nach und nach von einander gesondert, und die verschiedenen Forderungsrechte erst zuletzt mit dem abstracten Ausdruck Obligation zusammengefaßt wurden. Die frühzeitige wirthschaftliche Entwicklung war die Voraussetzung, ohne welche dingliche und obligatorische Rechte nicht neben einander hätten entstehen können, bestimmt unterscheidbare Gestalt aber gewannen sie erst im Prozeß, indem der Kläger seinen Anspruch genau bezeichnen mußte (intentio), und hiernach auch verschieden verfahren wurde. So war der formelle Ausdruck des verfolgten Rechts in Gestalt der Legisactio in Rem oder in Personam Wirkung und Ursache zugleich: das Erste, insofern die römische Cultur schon in der ältesten Zeit Lebens- und Rechtsverhältnisse kannte, die einen verschiedenen Prozeß nöthig machten; das Andere, insofern die Fassung des

klägerischen Anspruchs und das abweichende Verfahren in beiden Fällen auch den Unterschied der Rechte selbst zum Bewußtsein brachte. Die eigenthümliche Schärfe, womit die Trennung vollzogen wurde, müssen wir dabei der Energie und Consequenz des römischen Geistes zuschreiben. Darum ist die dingliche Klage rein auf die Sache gerichtet, der Kläger beschuldigt nicht wie im deutschen Recht den Gegner der Verletzung, er verlangt nicht einmal die Herausgabe der Sache, sondern nur die Anerkennung seines Rechts an derselben. Ein Gleiches thut der Gegner, indem er ebenfalls das Eigenthum daran behauptet, weshalb er ursprünglich nur dann der Klage haftet, wenn er sich wirklich solches zuschreibt (contra vindicatio). In den dabei gebrauchten Symbolen wird der lediglich auf die Sache gerichtete Willensconflict deutlich veranschaulicht. Die Klage aus einer Forderung dagegen geht gegen eine bestimmte Person, diese nimmt der Kläger als Schuldner in Anspruch, und nur mittelbar greift er das Vermögen desselben an, indem der Schuldner durch Zahlung sich befreien kann. Die Entscheidung erfolgt zunächst in Form eines Urtheils über die Rechtmäßigkeit oder Unrechtmäßigkeit der Prozeßwette, in welche die Parteien ihre Behauptung einkleiden müssen; hieraus ergiebt sich für den unterliegenden Schuldner von selbst die Fortdauer seiner persönlichen Verpflichtung. Darum gestaltet sich auch das weitere Verfahren im Fall des Ungehorsams verschieden. Beim Eigenthumsprozeß ist jede Personalexecution ausgeschlossen, der Kläger kann sich entweder selbst in den Besitz der Sache setzen oder das volle Interesse (praedes litis et vindiciarum) fordern. Im Schuldprozeß aber behauptet der obsiegende Kläger gerade sein Recht auf die Person des Schuldners, die Verpflichtung desselben geht also naturgemäß in Knechtschaft über, wenn er sich nicht durch Zahlung befreit: eine Consequenz, die mit dem strengen Schuldrecht aller Völker in der ältern Zeit übereinstimmt.

Aber nicht bloß im Verfahren, auch in der Gerichtsverfassung macht sich der Unterschied dinglicher und persönlicher Klagen geltend. Denn die Theilung des Richteramts zwischen dem Magistrat und den Urtheilfindern oder Geschwornen, deren Anfänge bis in die

Königszeit zurückgehen, bezog sich zunächst nur auf Streitigkeiten über Grundeigenthum, Freiheit und Bürgerrecht. Wohl nur hierfür hatte Servius Tullius im Interesse der Gemeinde ständige Richter angeordnet, vermuthlich die spätern Decemvirn und Centumvirn, wogegen in Schuldklagen regelmäßig die Magistrate selbst das Urtheil sprachen. Erst später wurde auch hier die Trennung des Richteramts zur Regel, seitdem die lex Pinaria aus der zweiten Hälfte des fünften Jahrhunderts in Schuldsachen unter tausend As den Parteien die Wahl eines Einzelrichters gestattete; andere Fälle, in denen das Urtheil ebenfalls durch Einzelrichter gesprochen wurde, wie über Fiducia, Erbtheilung, Grenzregulirung und dergleichen, gehören weniger in das Gebiet des eigentlichen Rechts, wie in das einer billigen Auseinandersetzung. Daraus erklärt sich zugleich, weshalb die Plebejer nur über Bedrückung in Schuldsachen, nicht in Eigenthumsprozessen klagten: offenbar hatte Servius Tullius seine Richter eben zu dem Zwecke eingeführt, um wenigstens die wichtigsten bürgerlichen Rechte vor Willkür und Parteilichkeit zu sichern.[78]

Wie so der Gegensatz zwischen dinglichen und persönlichen Rechten den Römern im Prozeß zuerst vor Augen trat, so haben sich beide ohne Zweifel durch ihre gerichtliche Verfolgung auch weiter specialisirt. Gewiß waren die Eigenthumsrechte ursprünglich in der Einen und ungetheilten hausherrlichen Gewalt enthalten, ehe man dazu schritt, sie im Einzelnen zu unterscheiden und einander gegenüber zu stellen. Erst im Prozeß trat ihre Verschiedenheit zu Tage, denn es war etwas Anderes, ob Jemand einen Haussohn oder einen Sclaven, die Sache selbst oder ein bloßes Recht daran vindicirte. In jedem Fall mußte er besondere Klageformen brauchen, in jedem war das Verfahren ein eigenthümliches. Nachdem man aber zur Bezeichnung der Ansprüche einmal bestimmte Klagformen aufgestellt hatte, lag es nahe, von der gerichtlichen Geltendmachung zu abstrahiren und die Rechte selbst als Eigenthum, Jura in Re, väterliche oder herrschaftliche Gewalt begrifflich zu sondern. Ebenso war es bei persönlichen Ansprüchen etwas wesentlich Anderes, ob Jemand aus einer einseitigen For-

derung auf eine bestimmte Summe oder Sache klagte, oder ob er aus irgend einem andern Grund eine vom Gericht näher zu ermittelnde Entschädigung verlangte. Während deshalb für die Vindication Eine Grundform ausreichte, die nur nach Verschiedenheit der Fälle sich modificirte, finden wir für die Schuldverhältnisse gleich deren mehrere, vor Allem die Legisactio per sacramentum und per iudicis arbitrive postulationem, ein Gegensatz, der im Ganzen der spätern Unterscheidung zwischen Judicia und Arbitria, strengen und freien Klagen entspricht. Im einen Fall forderte das Recht ein einfaches Urtheil über Schuld oder Nichtschuld, im andern ein mehr oder weniger freies Ermessen des Richters, wodurch die Verpflichtung überhaupt erst fixirt wurde. Natürlich brauchte bei der großen Mannigfaltigkeit der Schuldverhältnisse nicht für jedes eine besondere Klage aufgestellt zu werden, die beiden Hauptformen genügten einem unentwickelten Rechtsleben, diese blieben aber auch für die Folge von tief greifender Bedeutung, und im Anschluß an sie hat sich das gesammte spätere Actionen- und Obligationensystem entwickelt.

Allerdings erscheint der Gegensatz dinglicher und persönlicher Rechte bei den Römern übertrieben. Es fehlt an einem gemeinschaftlichen Begriff, der beide als zusammengehörige Bestandtheile des Vermögens wieder verbindet, wie wir etwa das Wort Eigenthum im weitern Sinn brauchen. Denn auch die Obligationen stellen sich schließlich als Rechte auf eine Sache oder einen Sachwerth dar, und das Eigenthum gewinnt seinen vollen Werth erst durch die Möglichkeit des Tausches. Das ist zu allen Zeiten der Fall, nur daß ursprünglich das Sachenrecht, später das Obligationenrecht überwiegt, in demselben Verhältniß, in welchem die Arbeitstheilung sich entwickelt. Dann muß das Eigenthum zugleich als Verkehrsobject und die Obligation wieder als Element des Eigenthums aufgefaßt werden. Jenes ist von den Römern geschehen, dieses nicht, vielmehr hat sich das Sachenrecht zuletzt beinah ganz in den Formen des freien Verkehrs verloren, und wenn es dabei seine Selbständigkeit behauptete, so geschah es nur deshalb, weil die Römer von einem so intensiven Eigenthumsbegriff

ausgingen. Wir kommen auf die Beschränkungen, die sich hieraus auch für das Obligationenrecht ergeben, unten zurück.

Indeß so und nicht anders hat sich der Begriff der Obligation einmal ausgebildet, und wir dürfen fragen, ob er sich unter andern Verhältnissen überhaupt ausgebildet hätte; gerade so wie es fraglich ist, ob die Selbständigkeit des Privatrechts dem Staat gegenüber sich hätte behaupten können, wenn das Eigenthum minder absolut und souverän aufgetreten wäre. —

Bei den dinglichen Rechten fällt Recht und Inhalt zusammen, das heißt mit dem Recht: Eigenthum, Servitut, Pfandrecht u. s. f., ist auch sein Inhalt schon gegeben. Die Natur der verschiedenen Rechte ist von vornherein bestimmt, je nach dem Zweck, welchem es dient, wird die Sache ganz oder nur nach Einer Richtung hin unserer Herrschaft unterworfen, und dafür stellt das Recht Kategorien auf, ohne der Privatdisposition irgendwie Spielraum zu lassen. Niemand kann ein anderes Eigenthum übertragen, eine andere Servitut, ein anderes Pfandrecht bestellen, als sie das Civilrecht anerkennt, und da sich eine verschiedene Herrschaft über Sachen nur nach wenigen Beziehungen denken läßt, ist die Zahl der dinglichen Rechte eine beschränkte. Die Individualität der einzelnen Fälle kommt dabei nicht weiter in Betracht; es macht keinen Unterschied, wer, von wem oder wie Jemand das Eigenthum erworben hat, wenn es überhaupt nur in rechtsgültiger Weise erworben ist. Auch die Verschiedenheit der Objecte ist wenigstens nach römischem Recht ziemlich gleichgültig: das Recht ist dasselbe, mag es in einer bestimmten Geldsumme, einem Quantum Frucht, einem Haus oder einem Stück Vieh bestehen. Ein wesentlicher Gegensatz besteht nur zwischen Eigenthum und bloßen Rechten. Dort ist das Object die eigne Sache, weshalb das Recht nach römischer Anschauung zugleich mit seinem Gegenstand zusammen fällt (res), hier ist das eine fremde, weshalb es nicht mit seinem Object, sondern nur mit seinem Inhalt identisch ist (ius in re), in gewissem Sinn aber schon einer nähern Bestimmung durch Vertrag fähig wird.

Anders bei den Obligationen. Das uns eingeräumte Recht auf die Leistung eines Andern kann unendlich mannigfach sein, in

demselben Maß, in welchem es die Beziehungen sind, die zur Verpflichtung führen, und die Modalitäten, in denen die Verpflichtung eingegangen wird. Die Obligation ist nur eine allgemeine Kategorie, während sich der Inhalt im Einzelnen je nach ihren Entstehungsgründen oder nach der verschiedenen Art der Verträge sehr verschieden gestältet. Und selbst innerhalb der vom Recht anerkannten Formen oder Arten hat jede Obligation wieder ihren besondern Inhalt. Denn mit dem Begriff des speciellen Obligationsverhältnisses oder dem Rechtsinstitut, Stipulation, Darlehn, Tausch, Kauf, Miethe u. s. w. ist noch nicht sein Inhalt für den einzelnen Fall gegeben. Es sind eben bloße Formen, die ihre Erfüllung erst durch den individuellen Gebrauch empfangen, welchen die Contrahenten davon machen. Aber auch Inhalt und Gegenstand stehen weiter von einander ab als im Sachenrecht. Der Gegenstand, worauf die Leistung gerichtet ist, kommt nur als entfernteres Object der Forderung in Betracht, das nähere ist das Geben, Thun oder Leisten selbst, welches den Inhalt der Obligation bildet, während bei den dinglichen Rechten der Gegenstand, worauf sie sich beziehen, unmittelbares Object ist. Gleichwohl wirkt hier das Object in stärkerer Weise auf den Inhalt zurück als im Sachenrecht, so daß unter Umständen die Obligation schon dadurch eine verschiedene wird. So war es, um bei den allgemeinsten Klagformen des ältern Rechts stehen zu bleiben, nicht bloß etwas Anderes, ob der Inhalt der Forderung auf ein Geben, Thun oder Leisten ging (dare, facere, praestare), sondern auch ob ihr Gegenstand in einer bestimmten Summe, einer Species oder etwas Unbestimmtem bestand (certa pecunia, certa res, incertum). Denn hiernach war auch die Natur der Forderung eine andere, und für jeden Fall gab es besondere Klagen. Zwar sind diese Unterschiede, soweit sie mit dem römischen Prozeß zusammenhängen, später zum Theil weggefallen, die Sache selbst aber, daß das Object der Leistung die Natur des Forderungsrechts mit bestimmt, ist geblieben und äußert sich noch in unserem Recht wirksam. Natürlich darf man nicht daran denken, daß die Verschiedenheit des Objects nothwendig eine verschiedene Obligation erzeuge. Auch im Obligationenrecht erscheint

die äußere Mannigfaltigkeit der Objecte zunächst gleichgültig, in den meisten Fällen wird sie übersehen, und nur nach einzelnen Richtungen kommen gewisse Unterschiede, soweit sie für das Recht relevant sind, in Betracht. Ebenso wenig aber begründet die Gleichheit des Objects selbst bei der nämlichen Art der Verpflichtung, zum Beispiel von Waare und Preis bei zwei Kaufgeschäften, nothwendig denselben Inhalt, da dieser nach den Modalitäten der Leistung doch wieder ein sehr verschiedener sein kann. Selbstverständlich muß daher der Privatdisposition im Obligationenrecht ein viel weiterer Spielraum offen bleiben als im Sachenrecht.

Der concrete Inhalt einer Obligation ist also an und für sich gar nicht bestimmbar, weder durch die Art der Leistung, noch durch das Object derselben. Dennoch bedarf das Recht einer Eintheilung, um bestimmte Regeln und specielle Forderungsrechte zu gewinnen. Es muß deshalb entweder nach den verschiedenen Entstehungsformen oder nach den gewöhnlichen Geschäften des täglichen Lebens besondere Klassen aufstellen; nur dadurch wird in die factische Mannigfaltigkeit rechtliche Ordnung gebracht und ein System von Obligationen geschaffen. Kein Recht kann dabei rein theoretisch verfahren, etwa von allgemein logischen oder sittlichen Gesichtspunkten ausgehen, vielmehr muß sich dasselbe an die Entwicklung des nationalen Lebens anschließen und bei den Geschäften desselben stehen bleiben. Auch das römische Recht hat dies gethan. Sein Obligationenrecht ist gerade so stufenweis aus der Entwicklung des römischen Verkehrs hervorgegangen als das Sachenrecht, Schritt vor Schritt, wie es die erweiterten Bedürfnisse verlangten, nur daß in der ältern Zeit naturgemäß die Form eine größere Rolle spielte als später. Es classificirt daher die Forderungsrechte zunächst nicht nach ihrer Bestimmung für praktische Zwecke, sondern nach ihrem äußern Entstehungsgrund. Allein im Lauf der Zeit hat es zwei verschiedene Systeme mit einander verbunden, das formale des Jus civile und das materielle des Jus Gentium, und zur Zeit der klassischen Juristen war überall der praktische Gesichtspunkt vorherrschend geworden, so sehr daß das materielle Recht selbst für die ältern Formalcontracte sich geltend machte. Dies materielle

System aber beruht wesentlich auf einer Physiologie des Verkehrs zu juristischen Zwecken, denn den Entstehungsgründen, die es für eine klagbare Forderung aufstellt (res und consensus) fügt sich zugleich der verschiedene Inhalt und Zweck der Obligationen ein. Rein materiell müßten dieselben allerdings lediglich nach ihrem Inhalt und Gegenstand eingetheilt werden, damit aber stimmt im Wesentlichen die römische Classification nach den Entstehungsgründen überein: es sind allgemeine Kategorien, denen sich die einzelnen Geschäfte selbst bequem unterordnen.

Eine Prüfung aller einzelnen Obligationen, wie wir eine solche für die dinglichen Rechte versucht haben, würde unserm Zweck nicht entsprechen. Wir müßten dabei Vieles mit hereinziehen, was für uns zu weit ab liegt, wie zum Beispiel die römischen Privatdelicte, die noch auf dem Gedanken der Selbsthülfe ruhen und für welche jetzt entweder öffentliche Strafen oder einfache Entschädigungsklagen eintreten, und wir könnten dabei doch unsern Gegenstand nicht erschöpfen, weil der Schwerpunkt des Obligationenrechts weniger in einer Theorie der einzelnen Verträge, wie in allgemeinen Principien liegt. Wir versuchen deshalb nur, der allmählichen Ausbildung des römischen Obligationenrechts nachzugehen und seine wesentlichsten Vorzüge und Beschränkungen hervorzuheben, soweit uns nach den Anschauungen und Bedürfnissen der Gegenwart ein Urtheil darüber möglich scheint.

1. Geschichtliche Uebersicht.

Leider lassen uns die Quellen über die Geschichte des Obligationenrechts fast noch mehr im Stich wie über die des Besitzes und Eigenthums. Wir sind für die ältere Zeit zumeist auf bloße Hülfsmittel angewiesen, und wenn dieselben immerhin trügerisch sind und mehr Vermuthungen als sichere Resultate gestatten, so können wir ihrer doch um so weniger entrathen, je mehr wir eben auf sie beschränkt sind. Als solche kommen die gerichtlichen Klagformen, das Münzwesen und die Culturgeschichte überhaupt in Betracht. Freilich die Rechtsinstitute selbst lernen wir aus ihnen noch nicht kennen, aber sie stellen den Rahmen fest, innerhalb

dessen ihre Ausbildung ursprünglich zu denken ist. Sie genügen, um die Anfänge und Hauptzüge der Entwicklung zu einem halbwegs anschaulichen Bild zusammen zu fassen. Auf die dogmatische Entwicklung des spätern Rechts, die erst ein Werk der klassischen und unmittelbar vorklassischen Jurisprudenz ist, gehen wir absichtlich nicht näher ein, da es für uns nur darauf ankommt, in allgemeinen Umrissen den Zusammenhang des Rechts mit der Cultur darzuthun und hiernach auf die hauptsächlichsten Unterschiede der römischen und deutschen Entwicklung aufmerksam zu machen. Eine specielle ins Einzelne ausgeführte Rechtsgeschichte, wie sie mit Rücksicht auf die wirthschaftlichen Verhältnisse von Tag zu Tag mehr ein Bedürfniß wird, überlassen wir billig den Romanisten von Fach. Es sei also ausdrücklich davor gewarnt, als ob die folgende Uebersicht mehr als den bloßen Versuch einer solchen liefern, und den Ergebnissen der Rechtsgeschichte, die erst noch zu erwarten ist, irgendwie vorgreifen wollte.

Vor Einführung des Geldes hat es ein eigentliches Obligationenrecht nicht gegeben. Wohl mochte man vorher einen einfachen Tauschhandel treiben, Korn, Wein, Arbeitsthiere oder Sclaven gegen Rinder und Schafe, oder diese gegen Kupfer nach dem Gewicht eintauschen, allein ein regerer Handelsverkehr entwickelte sich erst, als gegossene oder geprägte Münzen allgemeines Tauschmittel wurden. Damit aber gelangte der Handel in der Stadt neben dem Ackerbau zu selbständigem Leben, und es entstanden zugleich bestimmte Rechtsformen dafür. Auch ein Schuldverkehr war vor der Einführung des Geldes nicht möglich. Sicherlich hat man in Rom so gut wie bei uns in Nothfällen sich mit Saatkorn, Brodfrucht oder andern Bedürfnissen ausgeholfen, indeß so wenig der einfache Tauschhandel ein Recht des Kaufs und Verkaufs ausbilden konnte, so wenig vermochte der Leiheverkehr ein eigentliches Schuldrecht zu erzeugen. Ein solches setzt nothwendig das Gelddarlehn voraus; mit der vermehrten Kaufkraft, die das Geld gewährt, verschärft sich zugleich der Begriff der Schuld. Wissen wir nun, daß die erste Einführung des Geldes etwa in die Zeit von Servius Tullius bis auf die zwölf Tafeln fällt, so müssen in

dieser Zeit auch die ältesten Verkehrsgeschäfte des römischen Rechts entstanden sein.[79] Beides scheint ziemlich rasch erfolgt zu sein, wie es die städtische Entwicklung mit sich brachte, unendlich verschieden von der mittelalterlichen, die einen viel längern Zeitraum dazu gebraucht hat.

Ebenso wichtig wie der erste Uebergang von der Natural- zur Geldwirthschaft war später der Wechsel des Metalls, aus welchem die Münze geprägt wurde. Ein solcher Wechsel, der einen ganz anderen Stoff zur allgemeinen Waare erhebt, bezeichnet jedesmal eine tiefgehende Aenderung in den Besitz- und Verkehrsverhältnissen. Der Großhandel findet den ältern Werthmesser unzureichend und ersetzt ihn durch einen neuen, dann folgt der Kleinverkehr nach, bis endlich auch der Staat zu der neuen Währung übergeht. So rechnete der römische Kaufmann lange Zeit nach Silberpfunden, während die öffentliche Münze nur den Kupferas kannte, und in dem letzten Jahrhundert der Republik nach Goldgewicht, während der Staat bis dahin nur Silbermünzen schlug. Zweimal hat Rom auf diese Weise sein Geld gewechselt, vom Kupfergeld ist es zum Silber und von der Silber- zur Goldwährung übergegangen. Jede dieser Epochen bezeichnet sowohl einen Abschnitt der politischen Geschichte wie des Privatrechts. Die Einführung des Silbergeldes war bedingt durch die Eroberung von Italien und den Verkehr mit Griechenland, die Goldwährung durch die Weltherrschaft und das Kaiserthum. Der Periode des Kupfergeldes entsprechen die Geschäfte des altnationalen Civilrechts, die folgende ist die des Uebergangs zu freiern Formen, der dritten gehört die Umbildung des römischen Verkehrs zum Weltrecht an. Man könnte die römischen Verkehrsgeschäfte ihrem Ursprung nach geradezu in solche des kupfernen, silbernen und goldnen Zeitalters eintheilen.

Nicht minder bedeutungsvoll für die Geschichte des Obligationenrechts war die des Prozesses, da sie ebenso unmittelbar auf jene zurückwirkte. Waren doch Jahrhunderte lang die Begriffe Actio und Obligatio nahezu gleichbedeutend. Eine civilrechtliche Forderung konnte sich der Römer kaum anders als in Form einer gerichtlichen Actio denken, und die bestimmte Gestalt dieser

war zugleich für die Species der Obligation maßgebend. Der regelmäßige Verlauf der Entwicklung war dabei der, daß zuerst der Verkehr neue Verhältnisse schuf, dann die gerichtlichen Klagformen sich ihnen anbequemten, und mit den Klagen allmählich auch die Rechtsinstitute selbst ausgebildet wurden. Ehe die Gebilde des Verkehrs einen Ausdruck im Recht fanden, setzten sie sich in Sitte und Leben fest, dann wurden durch Gesetz oder prätorisches Edict die ältern Klagen erweitert, endlich durch die Juristen eine Theorie der betreffenden Rechtsverhältnisse aufgestellt. Wie das im Großen schon durch die Aufeinanderfolge der Rechtsquellen angedeutet wird, Gewohnheitsrecht, Gesetz, Wissenschaft, so wiederholt es sich beinah für jedes einzelne Institut auch im Kleinen. Ein System verschiedenartiger Klagen wurde überhaupt erst möglich, als das römische Leben namhafte Fortschritte gemacht hatte: der Uebergang zur Geldwirthschaft und die Ausbreitung des Handels über Italien war die nothwendige Voraussetzung. Während daher im Zwölftafelgesetz noch das Leben der ältern Zeit fixirt scheint, bezeichnet die Gesetzgebung der folgenden Zeit und das prätorische Edict die Epoche der neuen Klagformen, die spätere Jurisprudenz die der Ausbildung des materiellen Rechts. Das ältere Recht reichte mit einer äußerst geringen Zahl selbständiger Institute aus, so daß sich kaum ihre Grundformen bestimmt unterscheiden lassen, später vervielfältigen sie sich in demselben Verhältniß, in welchem besondere Klagen für sie aufkamen und die Theorie sie begrifflich sonderte. Nicht daß damit die Sache selbst immer dem ältern Recht gefehlt habe, eine und dieselbe Form diente vielmehr einer ganzen Reihe von spätern Geschäften, nur daß sie als solche erst durch die speciellen Klagen und durch ihre begriffliche Trennung unterschieden wurden. Und hierauf hat allerdings nicht bloß der Fortschritt des römischen Lebens, die Gesetzgebung und das prätorische Edict, sondern ebenso sehr die rein geistige Entwicklung und die damit verbundene Sonderung des Rechts nach innern Merkmalen eingewirkt.

Wie die Ausbildung der Klagrechte im materiellen Sinn geht auch die Umbildung der Prozeßformen Hand in Hand mit der

äußern und innern Erweiterung des Obligationenrechts. Ein freieres Verfahren, wonach der Prozeß nicht mehr in den von den Pontifices festgestellten Formen, sondern als ein rein bürgerlicher Rechtsstreit ausgefochten wurde, bildete sich erst als die neuen Actionen zahlreicher wurden. Schon die zwölf Tafeln hatten eine bedeutsame Aenderung bewirkt, indem sie das Verfahren gesetzlich regelten. In der Folge ward das religiöse Element vollends ausgeschieden, und statt der durch das Gesetz vorgeschriebenen Formen kam eine Instruction des Richters durch den Magistrat für jeden einzelnen Fall in Gebrauch.[80] Innerlich wie äußerlich waren die frühern Legisactionen mit ihrem stehenden Wortgefüge zu eng für den römischen Verkehr geworden; statt fester Formen bedurfte es eines beweglichen Organs, das sich dem speciellen Fall anschließen konnte, und ein solches fand man in jener kurzen Instruction oder der prätorischen Formel.

Für die Geschichte des ältern Prozesses lassen sich gleichfalls drei Abschnitte annehmen. Einmal die Zeit der alten Legisactionen bis zur Mitte des dritten Jahrhunderts, die nur die ursprünglichen Klagformen kennt, wie sie die zwölf Tafeln und die Pontifices festgestellt hatten. Dann die Zeit des Uebergangs vom alten zum neuen Verfahren bis gegen Ende der Republik, in der sich die Anfänge des Formularprozesses ausbilden und die Legisactionen mehr und mehr außer Gebrauch kommen. Endlich die Zeit der Alleinherrschaft des Formularprozesses, die mit dem letzten Jahrhundert der Republik beginnt und bis zum Verfall der Jurisprudenz fortdauert. Im Wesentlichen stimmen sie mit den Epochen der Münzgeschichte überein. Nur ist dabei an kein vollständiges Zusammenfallen zu denken, weil die Prozeßformen sich naturgemäß erst später änderten und die ältern in einzelnen Anwendungen oft noch lange neben den jüngern sich erhielten.

Sehen wir von der vorgeschichtlichen Zeit ab, in welcher es noch keinen Geldverkehr gab, so theilt sich hiernach die Geschichte des Obligationenrechts, den Abschnitten der Münz- und Prozeßgeschichte entsprechend in drei Perioden. Die erste geht von dem Sturz des Königthums bis zur Unterwerfung von Italien, die

zweite von der Eroberung Siciliens bis auf die letzten Zeiten der Republik, die dritte von den Bürgerkriegen bis zum Abschluß des Rechts durch die Wissenschaft. Anfang und Ende der Perioden sind natürlich nicht durch bestimmte Jahreszahlen abzugrenzen, denn so rasch der Fortschritt sein mochte, er trat doch nicht plötzlich und mit einem Male ein. Auch verschieben sie sich, je nachdem wir zu ihrer Bestimmung rein von privatrechtlichen Momenten ausgehen oder die wirthschaftlichen und politischen mit hereinziehen, wie denn zum Beispiel gleich die erste ebenso gut mit dem Zwölftafelgesetz begonnen, und dem Klagspiegel des Flavius oder der Gleichstellung der Geburtsstände (lex Hortensia) abgeschlossen werden kann. Doch sind sie darum nicht minder bestimmt und nach allen Richtungen hin festzuhalten. Die Geschichte des römischen Handels- und Geldverkehrs und seiner rechtlichen Formen ist gleichsam ein Mikrokosmus der römischen Geschichte überhaupt; sie bildet den socialen Mittelpunkt der Entwicklung und spiegelt uns diese in ihrem Kreis vollständig wieder ab.

Der Handel der ersten Periode ist noch ein sehr beschränkter und primitiver. Das Weichbild der Stadt ist unbedeutend, der innere Verkehr gering, der überseeische noch in seiner Kindheit. Zu Anfang der Periode sehen wir sogar Reste der Naturalwirthschaft fortdauern; die alten Viehbußen im Prozeß werden erst von den zwölf Tafeln, die Ordnungsstrafen der Magistrate erst zwanzig Jahre später in Geld umgesetzt (lex Julia et Papiria). Auch die Verfassung dieser Zeit ruht auf dem Ackerbau. Patricier und Plebejer stehen sich nicht als verschiedene Berufsstände, sondern wie große und kleine Grundbesitzer gegenüber. Die erstern sind zugleich die Kaufleute und Capitalisten, ähnlich wie eine Zeit lang die Patricier in den deutschen Städten; nicht das bewegliche Vermögen, sondern das Maß des Grundbesitzes entscheidet über den Antheil an den politischen Rechten. Einen eignen Gewerbs- und Handelsstand in unserm Sinne hat es in Rom nie gegeben. Erst war das Capital allein in den Händen des Grundbesitzes, dann umgekehrt der Grundbesitz in den Händen des Capitals. Nur weil die reichen Grundherren mehr erzeugten als sie brauchten, konnten

sie mit ihren Producten Handel treiben und von der Noth der kleinen Ackerleute durch Vorschüsse und Darlehne Vortheil ziehen. Trotz seiner Schuldennoth gelang es indeß dem ansäßigen Mittelstand sich zu behaupten; zu Ende der Periode erscheint seine Lage sogar weniger gedrückt wie zu Anfang derselben. Dazu trug nicht allein die Milderung der Schuldgesetze, sondern vor Allem die Ausbreitung der römischen Herrschaft über Italien und die Anlage neuer Colonien bei. Der steigende Wohlstand ließ den Zinsfuß sinken, die vermehrte hauptstädtische Bevölkerung die Grundrente steigen.

Den wirthschaftlichen Verhältnissen entsprechen die einfachen Verkehrsformen dieser Zeit. Es sind ausschließlich die des altnationalen Civilrechts, die nur für Römer und Latiner gelten. Wie nicht der Handel, sondern der Ackerbau die Grundlage des römischen Lebens ist, so bewegt sich auch der Verkehr noch in den Formen des Eigenthumserwerbs, er erscheint wenn wir so sagen dürfen in einem sachenrechtlichen Gewand. Genau so wie das bei uns das ganze Mittelalter hindurch der Fall war, nur daß er sich hier an das Grundeigenthum anlehnt, während in Rom Mobilien und Immobilien von Anfang an gleichstehen. Darum dient die Hauptform, welche den Uebergang des Eigenthums vermittelt, zugleich für den Kauf und das Darlehn. Beide Geschäfte werden regelmäßig mit Erz und Wage geschlossen, und nur wenn sie dies sind, haben sie ihre volle civilrechtliche Wirkung.

Was den Kauf anlangt, so haben wir oben gesehen, daß die Mancipation ursprünglich nicht als symbolische Vollziehung, sondern als das Geschäft selbst zu denken ist. Um so natürlicher war es, daß man nach Einführung des Geldes, als der Preis nicht mehr gewogen, sondern gezählt wurde, die alte Form als Solennität beibehielt, und wenn die Sitte sie auf gewisse Gegenstände beschränkte, so deutet dies eben auf die Beschränkung des altrömischen Verkehrs überhaupt, der sich ganz an die Bedürfnisse des Ackerbaues anlehnte. Die Preiszahlung, welche in dem Act keine Stelle mehr fand, ward durch ein Stückchen Erz vertreten; es mochte vom Verkäufer abhängen, ob er sie Zug um Zug, etwa unmittelbar

nach dem Act verlangen, oder sich mit der Stipulation derselben begnügen wollte; jenes ist ursprünglich gewiß die Regel gewesen, weil der Baarkauf älter ist als der Creditkauf und sich näher an den Tausch anschließt.[81] In anderer Anwendung diente die Mancipation zugleich als Form für die Verpfändung und das Depositum. Der Deponent oder Verpfänder überträgt das Eigenthum auf den Empfänger und behält sich durch Nebenvertrag (pactum fiduciae) die Rückmancipation vor. Er giebt damit zwar sein Eigenthum aus der Hand und muß sich die Folgen eines Treubruchs gefallen lassen, allein die Klage aus der Fiducia schützt ihn indirect durch ihre infamirende Wirkung.

Auch das älteste Darlehn wird mit Erz und Wage abgeschlossen. Wie bei dem Kauf damit der Käufer das Eigenthum der Waare erwirbt, so verpflichtet beim Darlehn der Gläubiger für das hingegebene Geld die Person des Schuldners. Da letzterer keine Gegenleistung macht, muß er sich selbst zum Pfand setzen, und dieses Pfand verfällt, sobald er sich nicht rechtzeitig wieder löst. Die Zuziehung der fünf Zeugen verleiht dem Geschäft zugleich den Charakter der Oeffentlichkeit und bringt den Schuldner schon jetzt in das Verhältniß eines Verurtheilten. Daher der Name Nexum, weil der Schuldner, wenn auch noch nicht leiblich, doch rechtlich bereits gebunden ist. Ehe man das geliehene Geld zählen konnte, mußte es wie beim Kauf gewogen werden; später trat auch hier das Raudusculum an seine Stelle, und die Wage, die ehedem Werkzeug gewesen, verwandelte sich in ein Symbol. Die Auszahlung selbst fand wohl in der Regel nach dem Act Statt. Aus dem Darlehen war eine Darlehnsform geworden, mit deren Hülfe jede Forderung in Nexum verwandelt werden konnte. Ihr Gebrauch war nun nicht mehr auf das Darlehn beschränkt, sondern überall möglich, wo die Parteien sich darüber verständigten, so daß sie in Verbindung mit der Sponsion oder dem feierlichen Gelöbniß für den Geldverkehr der ältern Zeit vollkommen ausreichte.

Dieselbe Form, in welcher das Darlehn eingegangen wurde, galt für die Rückzahlung. Denn förmlich befreit wurde der Schuldner erst, wenn er auf die nämliche Art seine persönliche

Haftbarkeit aufgehoben hatte: solutio per aes et libram, nexi liberatio. Und ebenso diente die feierliche Zahlung in andern Fällen, wo es auf Befreiung von einer persönlichen Haftpflicht ankam.

Die gedrückte Lage der kleinen Grundbesitzer, der strenge Schuldprozeß und die harte, oft grausame Behandlung des verfallenen Schuldners erklären die vielfältigen und bittern Klagen, die bis zu Ende der Periode sich stets von Neuem wiederholen. Erst die lex Poetelia (313) milderte die Schuldhaft und machte der Executivkraft des Nexum ein Ende.[82] Seitdem hatte es für den Gläubiger kein Interesse mehr, die Auszahlung des Darlehns gerade an diese Form zu knüpfen, das Nexum kam außer Uebung und ward durch freiere Formen verdrängt, die für den lebhafter gewordenen Verkehr zugleich bequemer waren. Länger erhielt sich der Kauf in Gestalt der Mancipation, obgleich für nicht mancipationspflichtige Gegenstände wie früher gezeigt wurde daneben von jeher die einfache Tradition üblich gewesen sein muß.

Außer den Geschäften mit Erz und Wage hatte man noch die Sponsion oder Stipulation als allgemeine Verpflichtungsform. Wir wissen aus dieser Zeit, daß sie namentlich auf die Bürgschaft angewandt wurde, die ebenso häufig als das Darlehn und gerade im vierten Jahrhundert vielfach Gegenstand der Gesetzgebung war (lex Apuleia, Publilia, Furia, lex Valeria von 342). Das Wesentliche der Form bestand in einer auf die Schuld gerichteten bestimmten Frage und Antwort; die Sponsion hatte ursprünglich eine Beziehung zum religiösen Cultus, bei der Stipulation scheint dies nicht der Fall gewesen zu sein. Eine solche Verpflichtung erzeugte wenn auch keinen Executivprozeß nach Art des Nexum, doch eine klagbare Forderung. Nur war die Klage (per sacramentum ex sponsu) an ein schwerfälliges Verfahren gebunden und für den Gläubiger nicht ohne Gefahr, da jede Zuvielforderung für ihn den Verlust der Forderung und den der Prozeßwette zur Folge hatte. Es ist deshalb begreiflich, daß der Gläubiger das Nexum vorzog, weil es den künftigen Beweis ersparte und mit dem Verfalltag gleich die Execution gestattete. Wo die Wahl der Form nicht von seinem Belieben abhing, mußte er sich dagegen

mit einem rechtsgültigen Versprechen begnügen, das umgekehrt für den Schuldner minder bedenklich war. Sponsion und Stipulation ergänzen also das Nexum. Ihre Entstehung erklärt sich aus der in der ältern Zeit bei jedem Volk üblichen Sitte, die Gültigkeit eines Vertrags von bestimmt formulirter Rede und Gegenrede abhängig zu machen, das Minimum von Form, was für die Gültigkeit verlangt werden kann, so lange es überhaupt eines sinnlichen Kennzeichens bedarf. Wir finden sie daher überall, wo ein örtlich beschränkter Verkehr ihre Anwendung zuläßt, im deutschen Recht so gut wie im römischen. Für den Römer empfahl sie sich noch dadurch, daß sie zugleich die Uebereinstimmung der Schuldforderung mit den Worten der Klage sicherte.

Daß ursprünglich Sponsion wie Stipulation noch von andern Solennitäten begleitet waren, ist mehr als wahrscheinlich; worin dieselben bestanden haben, wissen wir nicht, nur soviel ist sicher, daß sie frühzeitig abgestreift wurden und allein die präcise Willenserklärung übrig ließen. Bei der Stipulation erscheint vor Allem der Name räthselhaft. Denn dieser deutet, so viel man auch dagegen einwenden mag, entschieden auf eine Zeit, in der ein Halm bei dem Geschäft gebraucht wurde, sei es zum Werfen oder Brechen, der deutschen Auflassung ähnlich, die ja ebenfalls Stipulation genannt wird. Aus der römischen Geschichte ist jedoch jede Spur verschwunden, daß wirklich einst der Halm gebraucht worden sei. Vielleicht war die Stipulation ursprünglich vorzugsweis dem sabinischen, die Mancipation dem latinischen Stamm eigenthümlich. Denn allerdings deuten beide Formen auf verschiedene Rechtsgebiete: die Mancipation scheint bei einem handeltreibenden, die Stipulation bei einem ackerbauenden Volk entstanden zu sein. Indeß wenn auch die symbolische Stipulation ursprünglich den Latinern so gut bekannt war wie den Sabinern, fiel der Gebrauch des Halms im städtischen Verkehr doch bald hinweg und die Stipulation verwandelte sich in eine bloß mündliche Verpflichtung. In dieser Gestalt konnte sie dann nicht mehr zum Eigenthumserwerb, sondern nur zur Begründung von Forderungen gebraucht werden. Für jenen diente seitdem nächst der Injurecession die

Mancipation, die Stipulation dagegen ward die allgemeine Form für bindende Versprechen und erlangte mit steigender Bedeutung des Obligationenrechts eine immer größere Wichtigkeit. So würden schließlich beide ihre Rollen vertauscht haben, indem die Wage später für den Handel eine ebenso lästige Zuthat wurde, als es der Halm für den städtischen Verkehr von Anfang an gewesen war.[83]

Den wenigen Verkehrsformen, die im Einzelnen doch schon einen mannigfachen Inhalt aufnehmen konnten, entsprechen die Hauptformen des alten Prozesses. Für das Nexum der strenge Schuldprozeß mit Manusinjection von Seiten des Gläubigers, wobei für den Schuldner nur ein Vindex, aber unter Gefahr der Litiscrescenz auf das Doppelte eintreten konnte; für Forderungen anderer Art die Legisactio per sacramentum, gleich der Vindication in Form einer Wette über das Streitobject; für unbestimmte Forderungen endlich, die erst der Richter feststellen sollte, die Legisactio per iudicis arbitrive postulationem, wonach den Parteien zur Untersuchung ihrer Ansprüche ein Einzelrichter bewilligt wurde, der eine mehr schiedsrichterliche Stellung einnahm. Dahin gehörten insbesondere die uralten Theilungsklagen.

Geschäfte, die sich ausschließlich auf das Grundeigenthum beziehen, wie sie für die Entwicklung des Mittelalters so charakteristisch sind, kennt selbst das alte römische Recht nicht. Ein Beweis, wie untergeordnet das Grundeigenthum bereits in der ältern Zeit erscheint, die wir doch vorzugsweise als die des Ackerbaues ansehen müssen. Nur das Precarium bietet eine Analogie für unsere Leiheverhältnisse und den hofrechtlichen Colonat. Aber zu einem festen Rechtsinstitut hat es sich niemals ausgebildet; der Verleiher konnte die an kleine Bauern, Freigelassene oder Clienten ausgethanen Aecker jederzeit willkürlich wieder zurücknehmen. Und doch wäre gerade das Precarium einer Entwicklung fähig gewesen, wenn es sich zu einem erblichen und dinglichen Recht gestaltet hätte. Eine Precarie war unsere Leihe zuerst ebenfalls, und in den Urkunden der ältern Zeit wird sie ausdrücklich so genannt. Allein der Grund, weshalb sie bei uns so wichtig wurde, lag in der steigenden Bodencultur, und daran eben hat es in Rom gefehlt. Extensiv wie

intensiv schreitet der Ackerbau das ganze Mittelalter hindurch fort, durch fortwährende Rodung wie durch wachsende Arbeits- und Capitalzusätze. Die rechtliche Ausbildung der Leihe ist deshalb der Maßstab für unsere Culturbewegung; stufenweis wird das Recht des Beliehenen stärker, in demselben Grad, in welchem der Werth des Anbaues den ursprünglichen Bodenwerth übersteigt, bis endlich das geliehene Recht sich in Eigenthum verwandelt und von der Grundherrschaft ablöst. Wie ängstlich war man dagegen in Rom bedacht, die Rechte des Eigenthümers zu wahren: nicht einmal einen Besitz wollte man dem Precaristen zuerkennen. Es konnte nicht anders sein. Denn eine Entwicklung, wie wir sie gehabt haben, war unmöglich, weil die Bodencultur eher sank als zunahm und die Leibeigenschaft nicht überwunden wurde. Mühsam muß der kleine Grundbesitz um seine Existenz ringen, mühsam behauptet er sich ein paar Jahrhunderte, so lange noch Auftheilungen und Colonien möglich sind, schließlich aber wird er dennoch von den Latifundien der Großen aufgezehrt. Darum in Rom nur Anleihen aus Noth, auf kurze Frist, mit strengem Schuldrecht, während sie bei uns für Bau und Besserung aufgenommen und gegen eine fortlaufende Rente dem Boden einverleibt werden. So erklärt es sich, weshalb das Precarium später verschwand oder nur als singuläres Institut ein kümmerliches Dasein fristete; es ward durch die große Gutswirthschaft und die Sclavenarbeit verdrängt. Aus dem nämlichen Grund hat sich die Zeitpacht, die man sonst bei der frühzeitigen Geldwirthschaft erwarten dürfte, verhältnißmäßig erst spät und nur unvollkommen entwickelt. Sie setzt wie die Leihe eine steigende Grundrente und Emancipation der Arbeit vom Boden voraus, zwei Erfordernisse, die beide in Rom nicht vorhanden waren.[84]

Ob nicht ein langsamerer Fortschritt auch bei den Römern eine gesunde Entfaltung des Ackerbaues möglich gemacht hätte, muß dahingestellt bleiben; ohne Frage hat die rasche und einseitige Entwicklung des Geldverkehrs ebenso sehr den Verfall wie den Aufschwung beschleunigt. Gleich vom Aufkommen des Geldes an läuft sie selbständig, ja feindselig neben dem Ackerbau her: es ist

als ob die productiven Kräfte in Rom nicht zu gegenseitiger Befruchtung, sondern zum Kampf mit einander bestimmt gewesen wären. Darum leitet die ältere Periode ohne Vermittlung, ohne längern Uebergang die folgende ein.

Nicht allein daß Rom früh eignes Geld schlug und durch die Galeere als Münzzeichen auf Schifffahrt und Handel hinwies, finden wir bereits den alten Libralas übereinstimmend mit dem kleinen Silbergewicht, dem Nummus oder Scrupel ausgebracht. Gleich die älteste Münzprägung, wenn auch in schweren, für den Umlauf unbequemen Kupferpfunden, erscheint also der Silberwährung angepaßt. Das deutet auf frühzeitigen Verkehr mit Unteritalien und Sicilien, wo die Ausgleichung der griechischen Silber- und der altitalischen Kupferwährung zuerst Statt gefunden hat. Als der Reichthum stieg und die römische Herrschaft sich über Unteritalien ausbreitete, war daher die einfache Folge, daß man auch in Rom anfing, Silber zu prägen, wenige Jahre nach der Einnahme von Tarent, kurz vor Beginn des ersten punischen Krieges. Damit hängt die Einführung des Trientalfußes zusammen, die den Zweck hatte, die alte Duodecimaleintheilung des As mit dem Decimalsystem des Silbers zu verbinden: die neue große Kupfereinheit wurde zugleich als kleine Silbereinheit gesetzt. Selbst Gold finden wir in der ältern Zeit nach dem Gewicht in Umlauf. Es will zwar nicht viel sagen, daß Rom sich bereits mit tausend Pfund Gold von den Galliern loskaufte, denn es beweist nur, daß Staat, Tempel und Reiche damals etwas Gold besaßen, nicht daß dasselbe zugleich Tauschmittel war. Desto wichtiger ist es, daß man einige Jahrzehnte später (lex Manlia 357) schon eine Steuer auf Freilassungen legte, welche in Gold entrichtet werden sollte.[86] Denn sie liefert uns den deutlichsten Beweis für den vermehrten Reichthum wie für die steigende Zahl der Freigelassenen. Diese wurden besonders gern zum Handel gebraucht, weil sie besser arbeiteten als Sclaven, und die Herren am Gewerbs- und Handelsgewinn ihren Antheil behielten. Deshalb erfolgten die Freilassungen weniger im Interesse der Sclaven wie in dem der Herren,

und eine Steuer auf dieselben war gewiß ebenso einträglich als wohl angelegt.

Mit dem Aufschwung des Handels stimmt es vollkommen überein, daß Appius Claudius gegen Ende des Jahrhunderts die Nichtansässigen in die Tribus aufnehmen wollte, und wenn er damit der Enwicklung vorgriff, so zeigt der Versuch doch, wie der Ackerbau aufhörte, die ausschließliche Grundlage des römischen Lebens zu sein. Eine Reihe neuer Existenzen kam auf, die freilich von zweifelhaftem Werth, immerhin von der socialen Bewegung Kunde gaben, die damals begonnen hatte. Wohl mochte der kleine Grundbesitz sich noch hundert Jahre erhalten, bis der zweite punische Krieg die alte Bodencultur zerstörte, ein Ackerbauvolk aber konnten die Römer kaum noch genannt werden. Es gab keine Bürger im alten Sinn mehr, die nur vom Landbau lebten und deren Stand durch die Geburt und das Maß des Besitzes bestimmt wurde, es gab nur Censusklassen, deren Abstufung sich nach dem Vermögen in baarem Gelde richtete. Wenigstens die Anfänge einer solchen Auflösung und Zersetzung der Standesverhältnisse sind wahr zu nehmen; der Gegensatz von Patriciern und Plebejern verliert seine Bedeutung, und statt dessen kommt der andere von Reichen und Armen auf. An die politische Gleichstellung der Stände knüpft sich daher die Schätzung des Vermögens in Geld, der Uebergang zum spätern Steuersystem und die Reform der Tribus- und Centurienverfassung.[86] Die erste Hälfte des dritten Jahrhunderts bezeichnet den Wendepunkt der Entwicklung; mit der Unterwerfung Italiens schließt die alte, mit dem Anfang der punischen Kriege beginnt die neue Zeit. Damals wurde der Gedanke lebendig, eine Flotte zu gründen und in den Handelsverkehr des Mittelmeers selbstthätig einzugreifen; damals zuerst drang der kaufmännische Geist in das Staatsregiment: bald nachher mußte ein Gesetz (lex Claudia 218) schon den Senatoren verbieten, an den Staatspachtungen Theil zu nehmen.

In diese Zeit fallen auch die Anfänge einer neuen Rechtsbildung. Der neue Schuldprozeß (legis actio per condictionem), welchen die lex Silia um das Jahr 250 für bestimmte Geld-

forderungen, und die lex Calpurnia für bestimmte Forderungen anderer Art gestattete, enthielt nicht bloß eine Abkürzung oder Vereinfachung des Verfahrens, sondern auch eine Erweiterung des materiellen Vertragsrechts. Gleichzeitig erfolgte die Aufstellung eines zweiten Prätors (praetor peregrinus), als der Fremdenverkehr größer, und mit der zunehmenden Zahl der Rechtshändel eine Theilung des prätorischen Amts nöthig wurde.[87]

So werden in der zweiten Periode die Verhältnisse der frühern weiter ausgebildet und entwickelt; Blüthe und Verfall drängen sich in ihr zusammen. Die alten Grundlagen des Staats brechen zusammen, die Verfassung der Republik geht unter, dem Wesen wie den Formen nach, das wirthschaftliche Leben aber wird in Folge der großen Eroberungen unendlich gesteigert und kommt jetzt erst zu seiner vollen Kraft, allerdings immer nur nach der Einen Richtung hin, auf welche es von Haus aus angelegt war. Der Verkehr beherrscht bald das Mittelmeer und vervielfältigt sich zugleich innerlich; das Volk wird ein Geld- und Handelsvolk, sein Leben geht in Geldgeschäften, Speculation und Bankwesen auf.

Daher die Hausbücher (codices accepti et expensi), die wir in dieser Zeit in jedem größern Haushalt finden, und die nicht bloß wie heut zu Tage die Handelsbücher der Kaufleute besondere Beweiskraft hatten, sondern einen förmlichen Litteralcontract begründeten, analog dem heutigen Wechsel. Daher die Sitte, Zahlungen durch Banken und Wechselgeschäfte (argentarii) zu vermitteln, ähnlich wie seit dem siebzehnten Jahrhundert in England und in der neuern Zeit bei uns, um die Abrechnung zu erleichtern und die Circulation zu vereinfachen. Daher die Accordarbeiten und Staatspachtungen (redemtiones), wie sie ebenfalls nur entwickelten Culturstufen eigen sind: für alles Mögliche, was sich verdingen ließ, Feldarbeiten, Bauten, Concursregulirung, Erhebung von Zöllen, Steuern, Provincialabgaben und dergleichen. Daher ferner die zahlreichen Verbindungen (societates) zu gemeinschaftlicher Uebernahme solcher Geschäfte oder Speculationen aller Art, die ein größeres Capital erforderten, und bei welchen wie bei den Staatspachtungen fast alle vermögenden Römer betheiligt waren.

Daher endlich bei dem steigenden Reichthum der Satz, daß es eines freien Mannes unwürdig sei, für die Arbeit Geld zu nehmen, und in Folge davon die Unentgeldlichkeit einer Reihe von Geschäften, die zunächst als Gefälligkeiten oder Freundschaftsdienste in Betracht kommen. Und wie sehr auf der andern Seite dabei doch der kaufmännische Geist den Römern zur zweiten Natur ward, zeigt die Gewohnheit, persönliche Ehrenfragen, die wir in altgermanischer Weise lieber durch Zweikampf erledigen, auf gerichtlichem Weg durch eine Wette zum Austrag zu bringen. Ebenso die Mißgunst gegen Liberalitätshandlungen, die Unklagbarkeit des Schenkversprechens, das Verbot der Schenkungen unter Ehegatten, die Beschränkung der Erbfähigkeit der Frauen (lex Voconia 169) und vieles Andere.

Am großartigsten entwickelte sich der Geldhandel, der mehr und mehr ein Monopol der Hauptstadt wurde und immer größere Verhältnisse annahm, seitdem eine Provinz nach der andern sich ihrer Botmäßigkeit unterwerfen mußte. Schon genügte das Silber nicht mehr, die Zahlungen im Großhandel zu vermitteln; im zweiten Jahrhundert tritt das Gold in den Vordergrund; um die Mitte desselben bestand der Staatsschatz zum größten Theil aus Goldbarren, und dasselbe dürfen wir für die Privatkassen der Reichen annehmen. Alles geht auf Erwerb und Gewinn aus, der Eigennutz verdrängt den Gemeinsinn, die individuelle Freiheit löst die Bande der Familie auf. Cato, der Vertreter altrömischer Tugend und Ehrbarkeit, der den Landbau als Heilmittel gegen das einreißende Verderben empfiehlt, preist den Mann selig, der mehr Vermögen hinzuerworben als ererbt habe.

Mit der Ausbreitung und Vervielfältigung des Verkehrs sind nun auch alle die Rechtsgeschäfte entstanden, welche die Grundlage des späteren Obligationenrechts bilden; oder sie haben, wenn sie schon dem altnationalen Recht bekannt waren, ihre schwerfälligen Formen abgestreift und sind auch ohne diese klagbar geworden. Zwar dauern die frühern Geschäfte mit Ausnahme des Nexum zunächst unverändert fort. Allein gleich zu Anfang der Periode begegnet uns ein doppelter, überaus wichtiger Fortschritt. Das

formlose Darlehn durch bloßes Zuzählen, das den Römern in Sicilien geläufig geworden war, wird aus dem Fremdenverkehr in das Civilrecht herübergenommen, und die Stipulation, die freieste Verpflichtungsform, die unter Anwesenden möglich ist, wird umgekehrt den Peregrinen zugänglich gemacht. Es sind die beiden Grundformen, an welche sich das spätere Obligationenrecht vor Allem angeschlossen hat, nicht mehr wie das Nexum und die Sponsion auf Römer und Latiner beschränkt, sondern auch im Verkehr mit Fremden und dieser unter einander statthaft. Damit hatte man die Anfänge eines Jus Gentium gewonnen, das über die Schranken des nationalen Rechts hinausging, wenn auch sonst beide Geschäfte noch ganz nach den Grundsätzen des letztern beurtheilt wurden: sie begründen beide eine einseitige und strenge Rechtsverpflichtung (stricti iuris).

Wie die ältere Zeit, in der das Geld gewogen wurde, mit Mancipation und Nexum beginnt, so steht die Stipulation und das formlose Darlehn an der Spitze einer neuen, die kein Zuwägen mehr kennt und mit dem erweiterten Verkehr die Fremden in die Rechtsgemeinschaft aufnimmt (commercium iuris gentium). Auch innerlich zeigt sich ein Fortschritt, indem Erz und Wage ebensowohl den Erwerb von Eigenthum wie den von Forderungen vermitteln, während die Stipulation und das Darlehn lediglich dem Obligationenrecht angehören. Dingliche und obligatorische Rechte treten äußerlich aus einander, und diese entkleiden sich ihres sachenrechtlichen Gewandes.

Eine ähnliche Umwandlung wie das Darlehn erleidet der Kauf. Der Mancipationskauf mußte seltener werden, seitdem die mancipationspflichtigen Gegenstände ihre frühere Bedeutung verloren und der Ackerbau nicht mehr den Mittelpunkt des römischen Lebens bildete. Andere Objecte wurden ebenso wichtig, und zugleich begann die Form selbst einem lebhaftern Verkehr lästig zu werden. Zwar konnte man das Kaufgeschäft, um es klagbar zu machen, in zwei Stipulationen einkleiden, allein einmal entsprach eine solche Auflösung desselben in zwei selbständige Verpflichtungen nicht ganz dem Wesen des Kaufs, der beide Leistungen von ein-

ander abhängig macht und ein Handeln auf Treu und Glauben verlangt, und sodann war für die Geschäfte des täglichen Lebens, die nur in einem Geben und Nehmen bestehen, selbst die Stipulation noch eine lästige Zuthat. Für den Fall der Abwesenheit einer Partei aber war sie gar nicht einmal möglich. So gewöhnte man sich, den Kauf auch ohne Form durch einfache Uebereinkunft abzuschließen, zuerst wohl wiederum im Verkehr mit Fremden, welche der Mancipation nicht fähig waren: er ward zu einem bloßen Kaufvertrag oder einem gegenseitigen Versprechen. Wo nichts Besonderes verabredet war, forderte man statt der Mancipation nur die Uebergabe der Waare, und in demselben Maß, in welchem der Kauf in dieser Gestalt allgemeiner ward, trat die Tradition zugleich als Form des Eigenthumserwerbs in den Vordergrund.

Der Kauf wurde dann das Mustergeschäft für eine Reihe weiterer formloser Verträge, die ebenfalls dem ältern Recht unbekannt waren. Sie sind alle gleich der Stipulation und dem Darlehn den Peregrinen zugänglich, begründen aber eine gegenseitige Verpflichtung, wenn auch bei manchen die Zweiseitigkeit eine ungleiche ist, und fordern ein Handeln auf guten Glauben (bonae fidei), wie es ihrer Natur entspricht. An den Kauf schloß sich zunächst die Miethe (locatio conductio) und der Gesellschaftsvertrag (societas). Die Miethe hat sich im hauptstädtischen Leben entwickelt, als die Bevölkerung stieg und der Fremdenverkehr einen öftern Wechsel derselben herbeiführte. Sie begreift zugleich die Pacht, die nicht als besonderer Vertrag davon unterschieden wurde, ein Beweis, daß sie auch zu keiner selbständigen Bedeutung gelangte. Aelter ist die Societas, deren Ursprung weit zurückgeht und für die vielleicht schon nach dem alten Legisactionenprozeß in Streitfällen ein Schiedsrichter gegeben wurde. Ein gewöhnliches Handelsgeschäft aber wurde sie erst jetzt, und als solches trat sie ganz in den Kreis dieser Verträge ein.[88]

Daneben wurden zugleich die unentgeldlichen Geschäfte als rechtlich bindend anerkannt, soweit sie in das Gebiet des Vermögensverkehrs fallen. Von den Verträgen, welche durch bloße Uebereinkunft geschlossen werden, gehört dahin noch der Auftrag

oder das Mandat. Niemand braucht ein solches anzunehmen, wer es aber einmal annimmt, verpflichtet sich zu getreuer und sorgfältiger Ausführung. Dann die Verträge, welche in der Hingabe einer Sache zu einem bestimmten Zweck bestehen, Pfand, Depositum, Commodat, die ehedem im Gewand der Fiducia erschienen und jetzt, ihrem Inhalt nach gesondert, ohne weitere Form klagbar werden. So bedenklich der Satz in wirthschaftlicher und sittlicher Hinsicht war, daß persönliche Dienste von Freien unentgeldlich geleistet werden müßten, für das Recht war es ein unschätzbarer Vortheil, daß auch solche Geschäfte ausgebildet und zu Contracten erhoben wurden. Denn sie enthalten eine nothwendige Ergänzung jedes Rechtssystems. Bleiben sie als Freundschaftsdienste zwar zunächst außerhalb des Rechts, so hat dasselbe in Streitfällen doch eine Theorie für sie nöthig, und die Ausbildung einer solchen wurde gerade dadurch begünstigt, daß die Unentgeltlichkeit sie von den eigentlichen Verkehrsgeschäften wesentlich unterschied. Schon in diese Zeit fallen wohl auch die Anfänge der Stellvertretung, der Geschäftsführung durch freiwillige Uebernahme (negotiorum gestio), des Verkehrs mit Forderungen durch Delegation, Novation oder Cognition, des Seedarlehns (foenus nauticum), die Annahme der rhodischen Grundsätze über den Seewurf und Anderes derart, was kein entwickelter Handel entbehren kann.

Der neue Prozeß, der in Folge der lex Aebutia entstand, gestattete nun auch ohne besonderes Gesetz die Aufstellung neuer Klagformen und versah alle diese genannten Geschäfte allmählich mit rechtlichem Schutz. Freilich wissen wir über die lex Aebutia so wenig Näheres wie über die lex Silia und Calpurnia. Nicht einmal die Zeit, der sie angehört, ist näher zu bestimmen; vermuthlich fällt sie in die letzten Jahre des zweiten punischen Krieges und noch vor das ius Aelianum (198), welches den um hundert Jahre ältern Klagspiegel des Flavius zeitgemäß erneuerte. Das aber ist sicher, daß sich die prätorische Formelbildung an sie anschloß, und daß der alte Legisactionenprozeß mit der Zeit außer Gebrauch kam. Dagegen ist die Ordnung und Folge, in welcher

die neuen Rechtsgeschäfte im Einzelnen mit Klagen versehen wurden, wieder sehr bestritten und zweifelhaft.

Nach der Ansicht der Einen wären im Allgemeinen die sogenannten Realcontracte älter. Für das Darlehn mag dies richtig sein, ob aber auch für Pignus, Depositum und Commodat, steht sehr dahin. Andere nehmen umgekehrt an, daß die Consensualverträge früher klagbar geworden seien. Für beide Ansichten hat man sich auf Stellen des Plautus berufen. Indeß darf hieraus nicht zu viel abgeleitet werden, denn ein vollkommen sicheres Ergebniß können zufällige Aeußerungen oder Anspielungen der Comödie nicht liefern. Wenn aber die Klagbarkeit der spätern Real- und Consensualverträge aus Plautus ebensowohl behauptet wie bestritten werden kann, so ist es vielleicht am wahrscheinlichsten, daß sie gerade damals in der Ausbildung begriffen war. Die Zeit des Plautus war überhaupt die der raschesten Entwicklung: mit den großen Eroberungen und dem beginnenden Weltverkehr mußten die Römer die Formen ihres Civilrechts fallen lassen und zu freiern übergehen. Dürfen wir aus innern Gründen eine Vermuthung wagen, so möchten allerdings die Consensualverträge die ältern sein, da für sie das nächste und dringendste Bedürfniß vorlag. Kauf, Miethe, Societas und selbst das Mandat haben eine bei weitem größere Bedeutung als Depositum, Pfand oder Gebrauchsleihe. Zudem gab es für solche Geschäfte nicht bloß in der Fiducia schon eine Form, sondern auch die Vindication und die Diebstahlsklage gewährten Schutz, ein besonderes Interesse also, sie als selbständige Contracte anerkannt zu sehen, konnten nur etwa die Fremden haben, und für diese mögen denn auch zuerst neue Klagen (in factum) aufgestellt worden sein.

Was dagegen den Kauf anlangt, das Cardinalgeschäft des Handels, so ist es unzweifelhaft, daß sich seine Klagbarkeit spätestens zu Plautus' Zeit entschieden haben muß, da im Anschluß daran sich das neue Eigenthum ausbildete (in bonis), und zu Cicero's Zeit die Tradition bereits als civiler Erwerbsgrund galt. Die Ausbildung des bonitarischen Eigenthums, die vor den Bürgerkriegen vollendet scheint, hat aber gewiß nicht von heute auf mor-

gen Statt gefunden: ihr Ausgangspunkt ist die res vendita ac tradita, und diese setzt den Kauf als rechtlich anerkannten und klagbaren Vertrag voraus. Dasselbe muß von der Miethe angenommen werden, die in ihren Hauptformen, als Hausmiethe wie als Pacht, um die Mitte des zweiten Jahrhunderts schon auf ein längeres Bestehen schließen läßt und so wenig wie der Kauf immer in die Form einer Stipulation gebracht sein kann. In anderer Anwendung kennt sie Plautus zugleich als Dienstmiethe und Werkbestellung. Auch die Klagen aus der Societas und dem Mandat gehören sicherlich zu den frühsten Beispielen prätorischer Formelbildung und brauchen nicht erst aus ihrer gelegentlichen Erwähnung bei Plautus abgeleitet zu werden. Es ist zu hoffen, daß es der Rechtsgeschichte gelingen wird, die Zweifel, welche sich an die Anfänge der neuen Rechts- und Klagformen knüpfen, in nicht zu langer Frist zu lösen. Dabei wird weniger auf einzelne Quellenzeugnisse wie auf den ganzen Zusammenhang des Rechts und seine innere Folgerichtigkeit Gewicht zu legen sein. Das allgemeine Ergebniß aber ist unzweifelhaft, daß die Periode vom zweiten punischen Krieg bis auf die Bürgerkriege auch für den Prozeß und die materiellen Klagrechte die Zeit der eigentlichen Entwicklung war: im Wesentlichen wurde in ihr das spätere Obligationen- und Actionensystem vollendet, wie es bis auf den heutigen Tag die Grundlage des römischen Rechts ausmacht.[89]

So beispiellos rasch und glänzend aber diese Neubildung war, die in anderthalbhundert Jahren ein für den damaligen Weltverkehr ausreichendes Privatrecht schuf, sie blieb doch eine einseitige und zeigt uns zugleich die dunkelsten Schatten. Wohl wurde ein neues Obligationenrecht geschaffen, aber nicht auf Grund eines reicher sich ausbildenden Eigenthums; der Handel zehrte den Ackerbau auf, und mit dem Aufschwung des erstern geht der Verfall des letztern Hand in Hand. Was ehedem die Verschuldung bewirkte, that jetzt der einfache Aufkauf: das große Capital wurde zum ausschließlichen Eigenthümer des Bodens. Daher die gracchischen Unruhen, mit denen politisch und social die römische Republik zu Ende ging. Und neben dem Handel kam keine Industrie empor,

kein neues Bürgerthum, die Gesellschaft löste sich in Capitalisten und Proletarier auf, wie es stets die Folge der reinen Geldwirthschaft ist. So blieb, auch abgesehn von der Sclaverei, die Arbeit und der Arbeitslohn unentwickelt, und das ganze Volkseinkommen bestand schließlich fast nur aus Capitalzins. Das Capital aber ist an und für sich unproductiv, nutzbar und fruchtbringend wird es erst durch Anlage im Ackerbau und Gewerbe, in Verbindung mit dem Boden oder der Arbeit. An solchen productiven Anlagen aber fehlte es eben, die eigentliche Production beschränkte sich auf die große Gutswirthschaft und einen untergeordneten Fabrikbetrieb; die Einfuhr ward nicht mit Waaren oder Rohproducten, sondern mit dem erpreßten und erbeuteten Geld gedeckt. Die mangelnde Ausbildung des Arbeitslohns ließ nothwendig das Capital im wirthschaftlichen Sinne unentwickelt: wozu Maschinen, wenn man die Sclaven umsonst haben konnte! Daher hat sich in Rom nie die volle Rechtmäßigkeit des Zinses ausgebildet, wenigstens drang sie nicht im Volksbewußtsein durch, während sie bei uns für geliehenen Boden von Anfang an, und bald im Anschluß an die steigende Cultur auch für geliehenes Capital anerkannt ward, so daß sich mit der Ablösbarkeit des letztern der heutige Begriff der Zinsen von selbst ergab. Derselbe Cato, der den Hauptruhm des Römers in der Vermögensvermehrung erblickt, hält es doch nicht für ehrenhaft, Geld auf Zinsen zu leihen; Zins und Wucher sind die ganze römische Geschichte hindurch gleichbedeutend; und dieser Auffassung begegnen wir auch in der Comödie, die vielleicht am deutlichsten den nationalen Widerwillen gegen das Zinsennehmen bekundet. Darum ist das Darlehn seinem Begriff nach unverzinslich und vom Zinscontract wesentlich verschieden, ja dem Buchstaben nach war das Leihgeschäft geradezu gesetzlich verboten (lex Genucia 342). So befremdend uns das in einer ausgebildeten Geldwirthschaft vorkommt, die mit dem freien, rückzahlbaren Zinsdarlehn (nexum) beginnt, erklärlich wird es doch, wenn wir sehen, wie sich in Rom eine Productivität des Capitals in unserm Sinn gar nicht ausgebildet hat. Der Verfall des wirthschaftlichen Lebens war auch der Grund, daß sich kein

eigentlicher Credit entwickelt hat. Er kann dies nur, wenn Grundrente und Arbeitslohn steigen, also in einer aufblühenden Volkswirthschaft, nicht in einer solchen, wo Ackerbau und Handel sich feindlich gegenüber stehen. Einen Realcredit aber haben die Römer vollends nicht gekannt, so wenig wie ihr Eigenthum am Boden ein anderes war, als das an Mobilien: das Grundeigenthum erscheint im eigentlichsten Sinn des Worts von Anfang an creditlos. Zu der Zeit als das im Handel gewonnene Capital den Ackerbau hätte befruchten können, hatte schon der Verfall begonnen, und es ward umgekehrt zu seiner Zerstörung benutzt. Daß dies auch auf den Handel nachtheilig einwirken mußte, liegt auf der Hand, denn der mangelnde Bodencredit entzog ihm so gut wie dem Ackerbau den wesentlichsten Multiplicator des Capitals und beschränkte zugleich sein Absatzgebiet. Es war wenn man so will ein unproductiver Handel, auf Luxuswaaren für die Reichen beschränkt, während er in der eigentlichen Masse der Bevölkerung keine Consumenten fand.

Die dritte Periode zeigt uns zunächst noch eine weitere Steigerung des Handels- und Geldverkehrs. Die Alleinherrschaft des Capitals wird vollendet, das Mißverhältniß zwischen Reich und Arm wird immer größer, bis endlich trotz des colossalen Reichthums Einzelner Verarmung und Entvölkerung eintritt. Aus den Krisen der Bürgerkriege geht die Monarchie hervor, die dem Weltreich wenigstens äußerlich noch ein längeres Bestehen sichert. Auch privatrechtlich ist die Julianische Zeit in mehr als einer Hinsicht epochemachend, wie denn Cäsar schon mit dem Gedanken eines allgemeinen Gesetzbuchs umging. Ebenso ist die Befreiung des zahlungsunfähigen Schuldners von aller persönlichen Haftpflicht, wenn er freiwillig sein Vermögen abtritt, ein Werk Cäsars, womit zuerst der altrömische Grundsatz gebrochen wurde, daß für Schulden unmittelbar die Person verhaftet sei.[90] Allein im Ganzen waren die wirklich neuen Rechtsinstitute, welche zu den ältern noch hinzukamen, von keiner großen Zahl oder Bedeutung. Das Klagsystem wurde weniger äußerlich wie innerlich noch erweitert; die prätorische Rechtsbildung, die für die vorige Periode so wichtig gewesen war, fand ihren natürlichen Abschluß, indem Hadrian die ver-

schiedenen Edicte, auch die der Provinzen, zu Einem Ganzen verband und in Gestalt eines edictum perpetuum zum Gesetz erhob.

Dafür begann seit den Bürgerkriegen die klassische Jurisprudenz. Der überlieferte Schatz römischer Lebens- und Rechtsverhältnisse wurde theoretisch entwickelt; zu der äußern Ausbildung, wie sie der Hauptsache nach schon der vorigen Periode angehört, kam die innere, begriffliche hinzu, wodurch zugleich eine Verbindung der verschiedenen Bestandtheile des ältern Rechts angebahnt wurde. So erscheint die erste Periode als die des alten Civilrechts, in der zweiten kommt das Jus Gentium hinzu, die dritte ist die der wissenschaftlichen Vollendung beider, wobei jenes in demselben Maß zurücktrat, in welchem die neuen Verkehrs- und Klagformen die allgemeinen geworden waren. „Die Rechtsanschauung entäußerte sich ihrer nationalen Eigenthümlichkeit, soweit sie derselben sich bewußt geworden war.“[91] Das gilt vor Allem für das Eigenthum und die Verträge, während man im Familien- und Erbrecht naturgemäß mehr an der nationalen Grundlage festhielt.

Die Anfänge einer abstract wissenschaftlichen Behandlung reichen bis über die Mitte des zweiten Jahrhunderts zurück; wir erkennen ihren Einfluß auf das Recht schon daran, daß seitdem neue Rechtsformen oder Regeln häufig an die Namen der Juristen oder Prätoren angeknüpft werden, denen sie ihren Ursprung verdanken (regula Catoniana, formula Rutiliana, cautio Muciana, praesumtio Muciana, stipulatio Aquiliana und andere).[92] Der eigentliche Umschwung trat in dem Zeitalter Cicero's ein: damals mag zuerst der abstracte Begriff der Obligation entstanden und eine allgemeine Theorie der Verträge nach ihren Entstehungsgründen aufgestellt worden sein. In Folge davon ward das ältere System sachgemäß erweitert und zu Anfang der Kaiserzeit noch eine ganze Klasse neuer Verträge, die sogenannten Innominatcontracte, als klagbar anerkannt. Auch die neue Klagform für das Depositum und Commodat (in ius concepta) und die Anerkennung der beiden Geschäfte als eigentlicher Civilcontracte mag dieser

Zeit angehören.[93] Auf die Dogmengeschichte im Einzelnen können wir nicht näher eingehen.

Dagegen seien uns noch einige Bemerkungen über die systematische und begriffliche Entwicklung des römischen Obligationenrechts überhaupt gestattet. Unsere Uebersicht würde einseitig und mangelhaft bleiben, wollten wir uns mit der chronologischen Aufzählung seiner Institute, wie wir sie versucht haben, begnügen und nicht zugleich die innere, specifisch rechtliche Seite der Entwicklung hervorheben. Naturgemäß schließt sich dieselbe an den dritten und letzten Zeitraum an, weil sie vorzugsweise der Wissenschaft angehört und gleichsam das juristische Ergebniß der ganzen Rechtsbildung darstellt.

Gajus und nach ihm die Institutionen theilen die klagbaren Verträge nach ihrer Causa oder den Entstehungsgründen ein und stellen als solche die Hingabe einer Sache (res), bestimmte Worte (verba), Eintrag in die Geschäftsbücher (litterae) oder freie Uebereinkunft (consensus) auf. Allein die Glieder der Eintheilung sind ungleichartig und gehören zwei verschiedenen Systemen an; ihre Verwandtschaft besteht nur darin, daß später neben den formellen (verba, litterae) auch materielle Verpflichtungsgründe (res, consensus) anerkannt wurden, bei welchen eine bestimmte Form nicht nöthig war. Dort war die Causa ursprünglich die Form selbst und zwar eine vom Recht genau vorgeschriebene, hier ist sie eine innere, wozu die Form bloß als Kennzeichen des vollendeten Willens hinzutritt. Die einen gehören dem Civilrecht, die andern dem Jus Gentium an; jene sind einseitig und streng rechtlich, diese mit Ausnahme des Darlehns zweiseitig und auf Treu und Glauben gestellt. Zwei Entwicklungsstufen sind also mit einander verbunden, von denen die jüngere im Widerstreit mit der ältern steht, wiewohl zeitlich beide in einander greifen. Denn schon in ältester Zeit finden sich Anknüpfungspunkte für die zweite, und in dieser blieben umgekehrt zugleich Geschäfte der ersten im allgemeinen Gebrauch und gingen auch auf die Fremden über.

Indeß waren, von diesen Ausnahmen abgesehen, im Verkehr der Römer unter einander ursprünglich nur förmliche Geschäfte an-

erkannt. Eine rechtliche Wirkung (actio) entsteht erst durch den formellen Abschluß des Contracts, auf den Grund oder Zweck der in die Form eingekleideten Verpflichtung kommt es dann nicht weiter an. Von einem System von Verträgen, die sich ihrem Inhalt nach unterschieden hätten, ist ursprünglich so wenig als im deutschen Recht eine Spur vorhanden: wie hier durch die materielle Gültigkeit des Versprechens an sich die Ausbildung besonderer Vertragsarten überflüssig wird, so verschwindet dort die innere Mannigfaltigkeit des Verkehrs vor der Gleichheit der Form.[94]

Zwei Formen waren es nun, die vorzugsweise den römischen Verkehr beherrscht haben: das Nexum und die Stipulation. Vom Litteralcontract sehen wir ab, da er nur eine vorübergehende Bedeutung hatte. Er ist erst später entstanden und kam am frühsten wieder außer Gebrauch.

Das Nexum begreift im weitern Sinn alle Geschäfte, die mit Erz und Wage vor fünf Zeugen, dem Libripens und einem Antestatus geschlossen werden; der Libripens hat die Wage zu halten, der Antestatus wird nach Vollendung des Acts noch besonders zum Zeugniß aufgerufen. Es ist die Cardinalform des alten Civilrechts, sie dient daher ebenso zum Erwerb von Eigenthum und Forderungen, wie zur Begründung von Familien- und Erbrechten. Ihrem Wesen nach sind die in dieser Form abgeschlossenen Verträge Realcontracte, weil die Verpflichtung sich an das wirklich oder symbolisch zugewogene Erz anknüpft, ihrer eigentlichen Causa nach sind es Formalcontracte, weil zur Gültigkeit eine bestimmte Form verlangt wird und sobald diese gewahrt ist auch die rechtliche Wirkung eintritt. Am frühsten ist die Form ohne Zweifel für den Kauf angewandt, und zwar fiel sie anfangs mit dem Geschäft unmittelbar zusammen: ein Austausch von Eigenthum zu Eigenthum, Zug um Zug. Erst mit dem Aufkommen des Geldes nahm sie eine symbolische Bedeutung an, indem man die altgewohnten Werkzeuge des Kaufs zum sinnlichen Wahrzeichen des Geschäfts beibehielt. Es war nun gleichgültig, ob der Preis bei der Mancipation oder vorher oder nachher gezahlt wurde, in jedem Fall ging mit dem Act das Eigenthum der Waare auf den Käufer

über, und wenn der Verkäufer es selbst nicht hatte, setzte er sich einer Regreßforderung auf das Doppelte aus (per manus iniectionem). Für den Verkäufer lag die Sicherheit darin, daß er erst zu mancipiren brauchte, wenn gezahlt war; that er es vorher, so konnte er sich den Preis durch Stipulation versprechen lassen. Gewisse Nebenverabredungen fanden in den das Geschäft begleitenden Worten Aufnahme, womit der Käufer sich das Eigenthum der Waare zusprach (lex mancipationis); ebenso wurden Verträge anderer Art mit dem Act verbunden, wie zum Beispiel häufig das pactum fiduciae auf Rückmancipation. Ob der Verkäufer, der das Eigenthum auf den Käufer übertragen, aber noch kein Geld erhalten hatte, auch ohne Stipulation den bedungenen Preis einklagen konnte, scheint mindestens sehr fraglich, da der Preis im Act selbst als gezahlt gedacht wurde (isque mihi emtus est hoc aere aeneaque libra).[96] Noch weniger hatte der Käufer vor der Mancipation eine Klage, ja er konnte ursprünglich nicht einmal den vorausgezahlten Preis zurückfordern, wenn der Verkäufer mit der Mancipation säumig war. Indeß mögen solche Fälle nur sehr ausnahmsweise vorgekommen sein und die viel gerühmte altrömische Fides wird kein Bedürfniß nach einem weitern Rechtsschutz haben entstehen lassen.

Eine andere Anwendung der Form diente dem Darlehn, ebenfalls eine sehr alte, obwohl schon abgeleitete. Denn der Kauf geht unmittelbar aus dem Tausch hervor und erfolgt ursprünglich Zug um Zug: für das zugewogene Geld erwirbt der Käufer gleichzeitig durch Mancipation das Eigenthum. Bei einem Creditgeschäft dagegen findet kein solcher Austausch Statt, es besteht vielmehr darin, daß der Gläubiger sein Eigenthum gegen das bloße Versprechen der Rückgabe auf den Schuldner überträgt. Die Form des Kaufs paßte also nicht, da es an einem Aequivalent fehlte, welches der Gläubiger erhielt. Bei der Strenge des alten Schuldrechts lag jedoch ihre Uebertragung auf das Darlehn nahe genug, nur daß die active Rolle dabei nicht dem Schuldner (Käufer), sondern dem Gläubiger (Verkäufer) zufiel. Für das zugewogene Geld haftete der Schuldner mit seiner Person, einerlei

ob man das Geschäft anfangs als eine Art Selbstverkauf oder nur als persönliche Verpflichtung des Schuldners sich dachte. Er mußte mit seiner Person und Familie für die rechtzeitige Rückzahlung einstehen und zwar ohne daß ein weiterer Prozeß über die Schuld zugelassen wurde, da seine Verpflichtung gleich in Form eines Urtheils erfolgte (damnas esto). Als später das Geld gezählt wurde, behielt man wie beim Kauf die einmal übliche Form für den Abschluß des Contracts bei; die Auszahlung des Darlehns trennte sich von seiner symbolischen Vollziehung, die rechtlichen Wirkungen aber blieben an die letztere geknüpft. Auch das Schuldnexum kann ein formeller Realcontract genannt werden.

Das Pactum Fiduciä, das mit der Mancipation (oder der Injurecession) verbunden wurde, diente daneben für solche Verträge, bei denen es weder auf einen Tausch, noch ein eigentliches Creditum, sondern auf zeitweilige Hingabe von Sachen zu andern Zwecken abgesehen war, wie zum Pfand, zur Aufbewahrung, zum Gebrauch. Das Geschäft nahm durch die Mancipation die Gestalt eines Kaufs auf Wiederkauf an: das Eigenthum der Sache ward auf den Empfänger übertragen, und dieser durch Nebenvertrag zur Remancipation verpflichtet. Der Inhalt desselben war also auf Rückgabe der Sache selbst gerichtet (restitutio in specie); die Mancipation war bloß das Mittel zum Zweck, den Kern des Geschäfts bildete der Nebenvertrag. Die daraus entspringende Actio gehört zu den frühesten Beispielen einer freien Klage, da die Parteien sich auf Treu und Glauben verpflichteten; demgemäß erhielt die Formel den Zusatz „ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione“. Sehr charakteristisch war sie für den Empfänger zugleich infamirend: die Veruntreuung des anvertrauten Eigenthums wurde mit dem Verlust der Ehre gestraft. Denken wir uns die Hülle der civilen Form hinweg, so haben wir die spätern Realcontracte vor uns, die nach ihrem Inhalt gesondert als Pignus, Depositum und Commodat auseinanderfallen. In der Fiducia liegen sie noch ungetrennt beisammen, obwohl bei der freien Behandlung der Klage wohl von Anfang an auf ihren verschiedenen Zweck Rücksicht genommen wurde. Seit dem Ende der Republik scheint der Ge-

brauch der Form sich allmählich verloren zu haben. An ihre Stelle traten die formlosen Geschäfte ohne Uebertragung des Eigenthums, die nicht auf römische Bürger und mancipationspflichtige Sachen beschränkt waren. Nur die pfandrechtliche Fiducia erhielt sich länger, weil sie dem Pfandgläubiger eine größere Sicherheit gewährte.

Die zweite Form, in der von Alters her eine klagbare Forderung begründet wurde, war die Stipulation. Wir haben oben die Vermuthung ausgesprochen, daß sie zuerst gleich der Mancipation auch zum Eigenthumserwerb gebraucht worden sei. Dafür spricht vor Allem der innere Grund, daß eine Scheidung der Formen nach dem begrifflichen Unterschied der Rechte in der ältesten Zeit undenkbar ist: nicht die Mannigfaltigkeit der Rechte, die erst auf späterer Abstraction beruht, sondern Sitte und Leben erzeugen ursprünglich die verschiedenen Symbole und Formen. In der historischen Zeit erscheint die Stipulation auf die Begründung von Forderungen beschränkt; sie ist die Hauptform für den eigentlichen Schuldverkehr und das Obligationenrecht überhaupt geworden. Daß man nun aber in Rom allgemein eine bestimmte Form, und gerade die einfache Verpflichtung durch correspondirende Frage und Antwort beibehielt, hat nicht bloß den gewöhnlichen Grund, der die Völker in der Jugendzeit überall an sinnlichen Zeichen und Mitteln festhalten läßt. Das Gesetz stellte bestimmte Klagformen auf, denen die Rechtsgeschäfte genau angepaßt werden mußten, so das meum esse ex iure Quiritium bei der Mancipation und Vindication, das dare spondes und dare oportere bei der Stipulation und Condiction u. s. f. Identität des rechtlichen Anspruchs mit der Legisactio herzustellen, war ebensowohl der Zweck der Vertragsformen wie des gerichtlichen Verfahrens, und dazu eignete sich keine Form besser als die aller Symbolik entkleidete mündliche Verpflichtung durch bestimmte Rede und Gegenrede. Sie enthielt nicht mehr und nicht weniger als zur förmlichen Willenserklärung und zur Uebereinstimmung mit den Worten der Klage nöthig war. Wie daher Litiscontestation und Urtheil die ursprüngliche Obligation stufenweis verstärken, so läßt sich schon die Form der Stipulation selbst als eine prozessualische (actio) auffassen. Denn in der dem

Judicium entsprechenden Fassung des klägerischen Anspruchs erscheint das dare oportere bereits zur formellen Klarheit gebracht, so daß es keines weitern Beweises als der Existenz der verpflichtenden Worte bedarf, ganz dem Wesen des römischen Prozesses gemäß, der nicht sowohl auf einem materiellen Eingreifen der obrigkeitlichen Gewalt, als auf einer geordneten Selbsthülfe der Parteien ruht. Das zeigt sich auch umgekehrt, wenn wir vom Urtheil ausgehen. Ist dieses gesprochen, so tritt nicht etwa Vollziehung des Spruchs durch den Richter, sondern Privatexecution ein, so daß in Bezug auf den Modus des Verfahrens sich die Sache wieder gerade so wie am Anfang verhält. Freilich hatte die Strenge, womit an der Uebereinstimmung von Geschäfts- und Klagformen festgehalten wurde, etwas Unbeholfenes, sie war nur in der Kindheit des Rechts möglich und bedurfte für gewisse Fälle schon hier der Ergänzung durch ein schiedsrichterliches Verfahren, aber auf der andern Seite bot sie auch für den entwickelten Verkehr so große und mannigfache Vortheile, daß sie die Römer im Princip nie aufgegeben haben. Auf dieser Correspondenz der Vertrags- und Prozeßformen ruht der gesammte Bau des klassischen Obligationen- und Actionensystems, die Einfachheit und Sicherheit des Verkehrs wie der Rechtsverfolgung. Von zwei Extremen, der Formlosigkeit des griechischen oder deutschen und dem Formalismus des altnationalen ist das spätere Recht gleichweit entfernt, eine glückliche Mischung, welche die richtige Mitte zu halten sucht. Wie elastisch aber die Form der Stipulation war, zeigt ihre weitere Geschichte, daß sie eine immer freiere Natur annahm, bis sie zuletzt zu einer bloßen Vertragsklausel wurde und kaum noch eine formelle, sondern nur eine formale Bedeutung behielt.[96]

Für die feierlichen Arten der mündlichen Verpflichtung, wie Sponsion und Promission, mögen in der ältern Zeit zugleich religiöse Motive mitgewirkt haben. Aber der Versuch, die Form selbst aus dem Sacralwesen der Römer abzuleiten, wird schwerlich gelingen. Man kann nur soviel beweisen, daß in Rom so gut als anderwärts Recht und Religion ursprünglich zusammenhingen. Daraus mag sich dann auch erklären, weshalb nur die Stipulation

nicht die Sponsion Fremden zugänglich gemacht werden konnte. Im Uebrigen aber löste sich das ganze Recht und damit auch die sacrale Obligationsform bald von aller religiösen Beimischung ab.

Neben den formellen Verpflichtungsgründen hat es ursprünglich keine andern gegeben. Ein eigentliches Judicium entstand allein aus Formalcontracten, und zwar ohne daß die materielle Causa in Frage gekommen wäre. Der Richter untersuchte einfach, ob die rechtlichen und thatsächlichen Voraussetzungen der Klage vorhanden seien, und sprach hiernach das Schuldig oder Nichtschuldig. Mit dem Urtheil oder vielmehr der Litiscontestation war der in Judicium deducirte Anspruch consumirt, einerlei zu wessen Gunsten es lautete. So wenig es anfangs eine materielle Rechtskraft des Urtheils gab, so wenig hatte der Richter die Befugniß, über den Buchstaben des in die Legisactio oder die prätorische Formel gekleideten Anspruchs hinauszugehen. Fand er, daß der Beklagte nicht soviel oder etwas Anderes oder in anderer Art schuldete, als verlangt war, so mußte er unbedingt absolviren; ein der Forderung nicht conformes Urtheil wäre für den Römer eine unerträgliche Willkühr gewesen, die alle Selbständigkeit des Privatrechts aufgehoben hätte. So fremd uns der Gedanke eines solchen Prozesses vorkommen mag, er ruhte dennoch auf Billigkeit und dem lebendigsten Rechtsgefühl. Denken wir uns daneben einen einfachen Verkehr und vor Allem die altrömische Fides als Seele desselben, so werden uns die rohen Geschäfts- und Klagformen in ihrer eisernen Strenge ganz natürlich scheinen. Sicherlich haben sie den Gedanken des Rechts für die alte Zeit ebenso vollständig verwirklicht, als die viel künstlichern für die spätere.

Für einen entwickelten Verkehr reichte indeß der alte Formalismus nicht aus, weder zur Begründung klagbarer Geschäfte, noch zur Beurtheilung klagbar gewordener. So mußte ihn das spätere Recht, indem es mit dem Leben gleichen Schritt hielt, zu überwinden suchen. Dies geschah einmal dadurch, daß man neben den Formalcontracten eine Reihe anderer zuließ, die nach dem Inhalt beurtheilt wurden, und sodann daß man die neu gewonnene materielle Theorie auch auf die erstern übertrug. Man sah nicht

mehr allein auf die Form, sondern zugleich auf den innern Grund der Verpflichtung.

Der Ursprung dieses neuen Vertragssystems ist im Verkehr der Römer mit den Fremden zu suchen, die der Mancipation und aller durch Nexum vermittelten Geschäfte unfähig waren. Dazu kam, daß der Kreis der Res mancipi ein geschlossener blieb, so daß auch objectiv die Schranken des alten Rechts durchbrochen werden mußten. Schon früh wurden daher im alltäglichen Verkehr formlose Geschäfte auf Treu und Glauben üblich. Als bequemer scheinen sie bald auch für den Verkehr der Römer unter einander in den Vordergrund getreten zu sein; so bald sie häufiger wurden, konnten sie vom Recht nicht mehr verworfen werden. Zwei Verpflichtungsgründe fanden auf diese Art, den gewöhnlichen Entstehungsformen und dem Inhalt der Verträge entsprechend, allmählich Anerkennung, ohne einer Form zu bedürfen: die Hingabe einer Sache zu einem bestimmten Zweck (res) und in gewissen Fällen selbst die bloße Uebereinkunft (consensus). Systematisch genommen sind die Realcontracte älter, weil die Verpflichtung durch Res sinnlicher ist als durch bloße Willenserklärung. Die historische Ordnung ist aber, wenn wir das Darlehen und die ältern Condictionen ausnehmen, die umgekehrte, da die Consensualverträge im Allgemeinen früher klagbar wurden.

Die Realcontracte schließen sich am nächsten an die alten Geschäfte mit Erz und Wage an. Denn Realcontracte waren diese ebenfalls, nur daß sie in solenner Form abgeschlossen werden mußten und der Grund ihrer Gültigkeit nicht in der speciellen Causa, sondern der äußern Form lag. Anders bei den Realcontracten der spätern Zeit, bei denen der Inhalt sich von der Form emancipirt hat. Die Causa bildet hier der Inhalt selbst, die Hingabe der Sache und der bestimmte Zweck derselben. Der älteste hierher gehörige Vertrag ist das Darlehn: der Gläubiger überträgt durch Zählen, Messen oder Wägen das Eigenthum einer Summe oder Quantität auf den Schuldner, aber als Creditum, um den gleichen Betrag seiner Zeit wieder zu empfangen. Für das Eigenthum (vindicatio) tauscht er als Aequivalent die Forderung ein

(condictio). In unserm Wort Darlehn tritt der Gedanke der Leihe mehr hervor, die Römer betonen umgekehrt den Uebergang des Eigenthums, wie sie denn mutuum geradezu für quod ex meo tuum fit erklären. Es ist das die naivere und ursprünglichere Auffassung, da sich der Begriff des Credits erst später entwickelt. Indeß lag ihnen auch der erste Gedanke, daß das Geld ein bloß geliehenes sei, nicht fern, wie der Ausdruck aes alienum zeigt. Denn die Geldstücke, die den Uebertrag des Capitals vermitteln, und dieses selbst sind zu unterscheiden: jene gehen auf den Schuldner über, dieses gehört nach wie vor dem Gläubiger. Nach unsern Begriffen überwiegt noch jetzt die Vorstellung eines geliehenen Eigenthums, wir nennen daher den Gläubiger auch den Eigenthümer des Capitals, und wenn die Forderung eine grundversicherte ist, läßt sich selbst rechtlich nicht viel dagegen einwenden, weil zu dem persönlichen Recht noch ein dingliches kommt. Der Römer konnte sich das Verhältniß nur unter dem Gesichtspunkt einer Forderung denken; sein Verkehr löste sich zu früh vom Grund und Boden ab, als daß der Gedanke eines unkörperlichen Capitaleigenthums sich hätte entwickeln können.

Ohne Zweifel war Geld das älteste Object, wobei civilrechtlich ein Eigenthumsübergang durch bloße Tradition (dare) angenommen ward. Wie rohes Erz die natürlichste Res mancipi ist, so ist das Geld die natürlichste Res nec mancipi. Das ist so selbstverständlich, daß es den Römern gar nicht in den Sinn kam, das Erz, welches als Aequivalent für die Res mancipi galt, unter diesen mit aufzuzählen und das Geld, das den Gebrauch der Wage überflüssig machte, ausdrücklich davon auszuschließen.* Denn auch das Geld ist nur das allgemeine Tauschmittel für die Sachgüter, ohne daß wir es je unmittelbar gebrauchen könnten; ein abstractes Eigenthum, das erst durch Tausch sich in concretes verwandelt. Bei der Beschränkung der civilen Erwerbsformen ist indeß besonders darauf aufmerksam zu machen, weil zu derselben Zeit, in welcher das freie Darlehn Aufnahme fand, auch ein Eigenthumsübergang durch bloße Tradition anerkannt werden mußte. Wahrscheinlich erfolgte die Aufnahme um die Mitte des dritten Jahr-

hunderts, zu einer Zeit, in der die Herrschaft des alten Civilrechts noch ungebrochen war. Deshalb trat das Darlehn ganz in den Kreis der Civilcontracte ein, und die Neuerung beschränkte sich nur darauf, daß man neben der Stipulation oder Expensilation auch die bloße Auszahlung einer Summe, der bei Quantitäten das Zumessen oder Zuwägen gleichgestellt wurde, als Verpflichtungsgrund gelten ließ. Auch die neue Klage lehnte sich materiell ganz an die alte Schuldklage (per sacramentum) an, und da diese nur auf ein Certum ging, so bedurfte es zur Einklagung der Zinsen, soweit solche rechtlich überhaupt statthaft waren, eines besonderen Klaggrundes, das heißt der Stipulation. Wäre das Darlehn später in das Civilrecht übergegangen, etwa zu einer Zeit als die bonae fidei indicia bereits anerkannt waren, so würde man die Klage vielleicht der actio locati nachgebildet haben. Denn das Darlehn der spätern Zeit ist nicht mehr Gebrauchsleihe, die bei Summen oder Quantitäten allerdings nur durch ein Geben zu Eigenthum vermittelt werden kann, sondern lediglich Capitalmiethe; wo ausnahmsweise ein unverzinsliches Darlehn vorkommt, fällt der Erlaß der Zinsen unter den Gesichtspunkt einer Schenkung. Indeß ist es doch fraglich, ob die Römer bei ihrer mangelhaften Ausbildung des Capitalbegriffs je dahin gelangt wären. Denn sie haben auch in der spätern Zeit ihr Mutuum nie so angesehn, sondern sind bei der Auffassung desselben als reiner Geldforderung stehen geblieben.

So bildet es gleichsam den Uebergang von den civilen Formalcontracten zu den freien Verkehrsgeschäften. Aeußerlich gehört es zu den letztern, da es an keine bestimmte Form gebunden und nicht bloß den Römern, sondern auch den Peregrinen zugänglich ist, innerlich schließt es sich noch an die erstern an, da es wie diese einseitig und stricti iuris ist. Es vermittelt nicht einen Austausch von Forderungen, Leistung gegen Gegenleistung, sondern begründet lediglich eine Forderung des Darleihers, der eine reine Verpflichtung des Empfängers gegenüber steht.

Im Anschluß an das Mutuum entstand das materielle Condictionensystem (datum ob causam), auf dessen Ausbildung die Juristen am frühesten ihre Kunst verwandt zu haben scheinen.

Darnach wurde überall eine Klage zugelassen, wo in Folge der Hingabe einer Sache ein Grund zur Rückgabe vorhanden war, sei es daß die Causa des Gebens factisch entweder von Anfang an nicht vorhanden, oder später weggefallen, oder daß sie rechtlich unstatthaft war (indebiti, sine causa, causa data causa non secuta, ob turpem causam, ob iniustam causam).[97]

Jünger als das Darlehn sind die drei andern Realcontracte, für die das Civilrecht bereits in der Fiducia eine Form hatte. Für die nicht in dieser Form eingegangenen Verträge scheint zuerst durch Delictsklagen, dann gegen Ende der Republik durch actio in factum geholfen worden zu sein, bis die Juristen zu Anfang der Kaiserzeit eine Theorie dafür ausbildeten und auch eine Klage mit formula in ius concepta zuließen, bei welcher die zweiseitige Natur der Geschäfte mehr hervortrat. Da die actio in factum unter Umständen ihre Vortheile hatte und in manchen Fällen allein möglich war, behielt man sie neben der jüngern bei.[98]

Sobald aber statt der Mancipation allgemein die Tradition als Erwerbsform des Eigenthums anerkannt wurde, mußten es auch die durch formlosen Vertrag daran geknüpften Geschäfte: in traditionibus rerum quodcunque pactum sit id valere manifestissimum est. Zu den speciell bestimmten Realcontracten kamen daher noch die ungenannten als allgemeine Kategorie hinzu. Auch hier wird die Verpflichtung durch Hingabe einer Sache oder eine Leistung im weitern Sinn vermittelt, nur in anderer Weise wie dort, indem dadurch nicht eine Verpflichtung auf Rückgabe, sondern auf Gegenleistung entstehen soll. Die von der einen Seite erfolgte Leistung (res) ist die Causa für das daran geknüpfte Versprechen, wie umgekehrt der Grund für die Vorleistung in der erwarteten Gegenleistung liegt. Die Theorie entstand wie man gewöhnlich annimmt zu Labeo's Zeit; die möglichen Arten der Verpflichtung faßte man in die vier allgemeinen Sätze zusammen: do ut des, do ut facias, facio ut facias, facio ut des. Diejenige Partei, die mit der Leistung voranging, erhielt eine Klage auf Erfüllung (actio in factum praescriptis verbis), und zugleich blieb ihr in Concurrenz damit vor erfolgter Gegenleistung nach dem ältern

Condictionensystem ein Recht der Rückforderung (causa data causa non secuta oder sine causa). Ob auch im Fall eines facio ut des die Klage auf Erfüllung zulässig sei, war streitig. Es ist vollkommen richtig, wenn man behauptet, solche Verträge seien noch keine eigentlichen Contracte, sondern blieben auf halbem Wege stehen, denn ein perfectes Geschäft liege erst mit der Erfüllung auf beiden Seiten vor, während vorher nur der Theil Rechte daraus habe, der mit der Leistung vorangehe. Allein praktisch stellte sich die Sache doch so, daß man sie als wirkliche Contracte ansah und die Möglichkeit einer Rückforderung des Geleisteten aus einem Reuerecht erklärte: es war ein Mittel gegeben, jeden Vertrag klagbar zu machen, wenn auch der Grund der Gültigkeit nicht wie bei den Consensualcontracten schon im Vertrag selbst, sondern erst in einer auf Grund desselben erfolgten Leistung lag. Blieb die Regel in Kraft, daß nur die formellen Contracte klagbar seien, so war daneben nicht eine zweite möglich, daß es auch die formlosen seien. Man hätte sonst mit dem Grundprincip selbst brechen müssen.[99]

Gleichwohl hatte man auf dem Weg der Ausnahme einzelne Verträge schon früher zugelassen, die dem Princip widersprachen. Dahin gehören vor Allem, abgesehn von einigen prätorischen Neubildungen (actio de recepto und de pecunia constituta), die ältern Consensualverträge, in denen das Recht sich dem Verkehr anbequemt und die bloße Uebereinkunft als bindend anerkannt hatte. Hier fiel es am schwersten, zur Annahme eines gültigen Vertrags zu gelangen, weil gar kein sinnlich wahrnehmbares Band die Existenz eines solchen erkennen ließ. Zwei Versprechen standen sich gegenüber, die an sich beide klaglos auch durch ihre Verbindung nicht klagbar wurden, weil diese sich äußerlich durch nichts verkörperte. Allein das gewöhnliche Leben erzeugte für gewisse Geschäfte, wie Kauf und Miethe, so oft solche Verträge, daß das juristische Band zwischen Leistung und Gegenleistung auch ohne Form zum Bewußtsein kam und die Annahme eines gegenseitig wirksamen Forderungsrechts nicht zurückgewiesen werden konnte. Längere Zeit scheint man sich mit doppelten oder mehrfachen Sti-

pulationen beholfen zu haben, bis der Verkehr mit Fremden, zumal den Griechen, die wegen ihres überseeischen Handels längst formlose und doch klagbare Geschäfte kannten, die beiderseitigen Versprechen auch ohne Stipulation gelten zu lassen nöthigte. Doch wurden sie eben nur in den bestimmten Fällen zugelassen, die dem Verkehr geläufig waren; während die Realcontracte sich leicht und einfach an die alten Civilgeschäfte anschlossen, bot das nationale Recht hier gar keine Analogie. So führten diese Fälle, die freilich fast den ganzen Handel einschlossen, zu einer dritten Stufe klagbarer Verträge, welche von einem Austausch reiner Forderungen ausgeht. Mit dem Austausch von Eigenthum gegen Eigenthum hatte man begonnen, dann war man zum Austausch von Eigenthum gegen Forderung fortgeschritten, wobei man schließlich den Uebergang des Eigenthums als unwesentlich fallen ließ, zuletzt nahm man ausnahmsweise auch die Klagbarkeit gegenseitiger Versprechen an. Der Kauf war nun nicht mehr das Geschäft selbst, Tausch einer Sache um die andere, Waare gegen Geld, sondern ein Kaufversprechen, dem Bedürfniß des Handels gemäß, wonach zwischen Abschluß, Lieferung und Zahlung unterschieden wird. Also ein Mittelding zwischen dem Kauf im Sinn des gewöhnlichen Lebens, der erst mit der Tradition als perfect angesehen wird, und dem Kauf wie ihn mitunter das neuere Handelsrecht faßt, daß umgekehrt selbst der Eigenthumsübergang nicht mehr von der Zahlung des Preises abhängig ist.[100] Die letztere Schranke hat das römische Recht im Zusammenhang mit den Bedingungen der Publiciana stets festgehalten; es läßt vor erfolgter Zahlung das Eigenthum nur dann auf den Käufer übergehen, wenn der Preis ausdrücklich creditirt ist.

Ebenso wie der Kauf wurden Miethe, Mandat und Societas als gegenseitig klagbare Versprechen construirt. Bei dem Mandat ist dies vielleicht am natürlichsten, weniger bei der Societas. Dagegen trat bei dem Mandat die Zweiseitigkeit mehr zurück als bei den übrigen, weshalb der Mandatar nur eine Gegenklage erhielt. Dasselbe war in anderer Art bei der Miethe der Fall, insofern sie

den Miether durchaus nicht auf gleiche Linie mit dem Käufer stellte.[101]

Eine weitere Beschränkung des Formalprincips lag endlich in der Theorie der Naturalobligation. Ein formloser Vertrag galt später nicht mehr als nichtig, sondern nur als unklagbar; eine Verpflichtung aber erzeugte er so gut als der klagbare: nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem. Zwar ist es höchst bestritten, ob das bloße Pactum eine Naturalobligation erzeuge oder nicht, allein für die Zeit der klassischen Jurisprudenz möchte der Gegenbeweis kaum zu liefern sein. In der ältern Zeit war es entschieden nicht der Fall, denn die Theorie dieser Obligationen entstand überhaupt erst seit Cicero's Zeit, für die spätere dagegen möchte das Umgekehrte ebenso unzweifelhaft sein. Alle Verträge, auch die formlosen, waren wirksam geworden, nur nicht alle gleich wirksam, und das wirksamste Mittel der Geltendmachung, die Klage, blieb allerdings denen entzogen, welche nicht in einer vom Civilrecht anerkannten Form eingegangen waren.

Mit dem Fortschritt des Rechtsbewußtseins trat das materielle Princip mehr und mehr an die Stelle des formellen. Die alte, rein sinnliche Auffassung der Geschäfte trat zurück und machte einer begrifflichen Platz. Und die neue Vertragstheorie, welche die Jurisprudenz im Anschluß an den Inhalt der Geschäfte ausbildete, ward nicht mehr bloß auf die materiellen, sondern auch auf die formellen Contracte angewandt. So wurde der alte Formalismus auch innerlich gebrochen, indem zur Wirksamkeit eines Formalacts noch die Voraussetzung kam, daß ihm eine materielle Causa zu Grunde liege. Fehlte es an einer solchen, so blieb der Act zwar der Form wegen gültig, aber sein Inhalt wurde durch die Einrede des Betrugs, oder wenn der Schuldner als Kläger auftrat, durch Condiction entkräftet. Die Civilobligation war ohne Wirkung, gerade so wie das nudum ius Quiritium der exceptio rei venditae et traditae und der Publiciana gegenüber. Mit andern Worten, die alten Formen galten nicht mehr als die Geschäfte selbst, sondern nur als Einkleidung derselben, und im Widerstreit zwischen der formellen und materiellen Causa wurde die letztere

zur Geltung gebracht: die Form muß durch ein materielles Geschäft erfüllt sein, um sich behaupten zu können. Vom Standpunkt des römischen Rechts aus ist es zwar nicht genau, die materielle Causa mit zum Klaggrund zu machen, und insofern hat Savigny vollkommen Recht, wenn er nur von negativen Bedingungen wissen will. Allein indirect kommt die Sache doch auf ein weiteres Erforderniß der Gültigkeit hinaus.[102]

Die ältere Rechtsbildung vertritt den formellen, die jüngere den materiellen Standpunkt. Lange Zeit bedurfte es keines weitern Erfordernisses als der Form, diese enthielt selbst die Causa, und wer sich gültig verpflichtet hatte mußte zahlen, auch wenn es am innern Grund fehlte. Dafür hieß es: ius vigilantibus scriptum est. Sobald es aber Rechtsmittel gab, die das materielle Recht gegen das formelle schützten, und diese wurden in den Condictionen schon vor Cicero ausgebildet, erwies sich die Form allein als unzulänglich, wenn sie nicht auf einem materiellen Verpflichtungsgrund ruhte.

Der Ausbildung des Obligationenrechts geht die des Klagsystems parallel; in gewissem Sinn sind sogar wie wir sahen die Klagen älter als die Obligationen. Freilich mußten die letztern schon in Sitte und Leben eingedrungen sein, ehe sie klagbar werden konnten. Allein die eigentliche Theorie reihte sich erst an die Klagen, gerade so wie der Begriff eines materiellen Eigenthums sich erst bildete, als sein rechtlicher Schutz sicher gestellt war. So besteht die Geschichte des Obligationenrechts bis auf die klassische Jurisprudenz im Grunde nur in einer Erweiterung der Klagformen, ähnlich wie die des Eigenthums in der Erweiterung und Ausdehnung der Erwerbsformen. Hier wie dort ist das Ziel das gleiche, möglichste Entfesselung des Verkehrs, und innerhalb der dem römischen Leben eigenthümlichen Beschränkungen wurde dasselbe vollständig erreicht.

Der Fortschritt des Actionensystems ist ein doppelter. Zunächst ein formeller, mehr processualischer, indem das Legisactionenverfahren allmählig beseitigt und für alle Contractsklagen prätorische Formeln eingeführt wurden. Kennen wir auch weder bestimmt die

Zeit, in welche die ersten neuen Prozeßgesetze fallen, noch den Modus des Verfahrens, welches sie vorschrieben, so wissen wir doch, daß dasselbe einfacher und wahrscheinlich auch kürzer war wie das frühere. Die privatrechtlichen Gesetze des vierten Jahrhunderts haben es beinah durchweg mit Geldschulden, Zinsen und Bürgschaften zu thun, es darf uns daher nicht Wunder nehmen, gleichzeitig mit der Anerkennung des formlosen Darlehns auch einem Gesetz über ein freieres Verfahren zu begegnen. Hier war der Punkt, wo auch im Prozeß einem bewegteren Verkehr die Thür geöffnet wurde. Und wenn wie es wahrscheinlich ist bei der condictio triticaria, die keine Succumbenzstrafe mehr hatte, schon eine Art Formel vorkam, um das Verfahren vom Prätor auf den Richter überzuleiten, so bildete der Condictionenprozeß zugleich die Brücke zum Formularprozeß.[103] Zwar wissen wir von der lex Aebutia so wenig Näheres wie von der lex Silia und Calpurnia, allein daß der Formularprozeß zunächst gerade auf Forderungen berechnet war, ist keinem Zweifel unterworfen. Wie immer mag die Neuerung keine gewaltsame gewesen sein, darüber aber darf ihr tief greifender Einfluß nicht unterschätzt werden.

An die lex Aebutia knüpfte sich denn auch in Folge der prätorischen Formelbildung der materielle Fortschritt des Actionensystems. Dieser ist einmal ein äußerer, insofern für die Rechtsverhältnisse, für welche es an einem Schutz fehlte, neue Formeln entstanden, dann aber vor Allem ein innerer, insofern durch die neu aufgestellten Rechtsmittel das Formalprincip auch innerlich überwunden oder gemildert wurde. Die äußere Erweiterung des Klagsystems läuft mit der Entwicklung des römischen Verkehrs parallel, die innere mit den Fortschritten der rechtlichen Theorie. Schon das ältere Civilrecht hatte den Condictionen auf eine bestimmte Summe oder Quantität die Klagen aus einem materiellen Rückforderungsrecht nachgebildet, das nicht durch eigentliches Creditum entstanden war: da sie der Darlehnsklage sich anschlossen, theilten sie noch deren einseitige und strenge Natur. Daran reihten sich zahlreiche Klagen freierer Art, die ehedem nur in Form eines Arbitrium oder gar nicht möglich gewesen waren. Hier genügte

nicht die einfache Rechtsbehauptung (intentio), sondern es bedurfte eines besondern Grundes derselben (demonstratio), und darnach hatte der Richter sowohl über den Umfang wie über die Existenz der Forderung zu erkennen. Sie gingen sämmtlich auf einen unbestimmten Betrag, waren zweiseitig oder mit Gegenklage versehen und ließen dem richterlichen Ermessen Spielraum. Es gehören dahin sowohl die Klagformen für die Contracte und Quasicontracte wie viele andere, die an sich unselbständig erst durch Fiction, Umstellung oder einen Zusatz den Civilklagen nachgebildet oder an sie angeschlossen wurden, so zum Beispiel die sogenannten adiectitiae: exercitoria, institoria, quod iussu, de peculio, de in rem verso, tributoria.

Der innere Fortschritt des Klagsystems erfolgte nun von doppelter Seite her dadurch, daß die alten Judicia ihre frühere Strenge verloren und die Arbitria eine rechtlich bestimmtere Fassung annahmen. Eine vollkommene Gleichstellung hat zwar nicht Statt gefunden, aber immerhin eine Annäherung, welche den früheren Gegensatz aufhob und beide Klassen von Rechtsmitteln nur als Arten einer Gattung erscheinen ließ. Darum kann es schon als Fortschritt bezeichnet werden, daß der ursprüngliche Unterschied von Judicia und Arbitria sich in den der strengen und freien Klagen auflöste (stricti iuris und bonae fidei actiones), wobei die letztern so gut wie jene als Judicia galten. Zunächst ließ man auch bei jenen eine Forderung unbestimmten Betrags zu, so daß neben die beiden Condictionen (certi und triticaria) noch eine actio incerti ex stipulatu trat. Wann dies geschehen, ist ungewiß, doch wohl nicht später als gegen Ende des zweiten Jahrhunderts, da die lex Rubria schon eine Formel mit unbestimmter Fassung und dem Zusatz ex fide bona enthält.[104] Hatte man hundert Jahre früher den Satz aufgestellt, daß auch ohne Formalgeschäft durch bloßes Darlehn eine bestimmte Forderung entstehen könne, so kehrte man ihn jetzt um, daß aus einem Formalgeschäft auch eine unbestimmte möglich sei. Ein weiterer Schritt war der, daß man in die Stipulationen immer häufiger die clausula doli aufnahm, wonach das billige Ermessen zum mitbestimmenden Klaggrund wurde, die

Einrede des Betrugs also nicht erst vom Prätor postulirt zu werden brauchte. Nachdem für die Stipulationsklage eine unbestimmte Forderung zugelassen war, lag es nah, sie ihrer Vortheile halber auf einzelne Fälle bestimmter Stipulationen zu übertragen. So entstand eine Eintheilung der Stipulationen in bestimmte und unbestimmte, welche das Gebiet der erstern enger begrenzte und alles was nicht dazu gehörte zu den letztern zählte. Dabei blieb natürlich beiden ihr besonderes Gebiet, so daß alle entschieden bestimmten die actio incerti ausschlossen. Für liquide Forderungen hatte selbst im freisten Verkehr der bündige Condictionenprozeß seine Vorzüge, ja der Verkehr fordert hier gerade eine gewisse Strenge. Als sich nun gleichzeitig die freien Klagen weiter ausbildeten und nach ihrem praktischen Zweck eine Theorie feststellte, wurde die Formel nicht mehr wie früher auf ein bloßes quantum aequius melius est, sondern wie bei den strengen auf ein quidquid ob eam rem d a r e f a c e r e o p o r t e t ex fide bona, also ebenfalls mit Rechtsbehauptung gefaßt. Damit fiel später, obwohl erst nach längerem Streit der Juristen, der Unterschied hinweg, daß bei den strengen Klagen der Richter auf den Zeitpunkt der Litiscontestation, bei den freien auf den des Urtheils zu sehen habe, das heißt es wurde auch für die erstern anerkannt, daß der Beklagte noch nach der Litiscontestation den Kläger befriedigen und dadurch der Verurtheilung entgehen könne. So erfolgte wenigstens für das Gebiet der actio incerti eine Ausgleichung, und dies spricht sich anschaulich in den Stufen der Formelbildung aus. Während die strengen Klagen ursprünglich nur mit der Formel si paret ... dare oportere (condictio certi) oder si paret ... dare oportere quanti ea res est (condictio triticaria) möglich waren, die freien dagegen mit quantum aequius melius est dare ihnen schroff gegenüber standen, kam später für jene noch die dritte Fassung mit q u i d q u i d dare facere oportet oder selbst dare facere oportet e x f i d e b o n a hinzu, die der Arbitrien aber gestaltete sich ebenfalls zu dem Rechtsanspruch auf quidquid dare facere oportet ex fide bona. Ein Unterschied blieb nur insofern, als hier die bona fides stets mitbestimmender Klaggrund war, dort nach Belieben der

Parteien sein konnte, insoweit die einseitige Natur der Klage es gestattete. Der letzte Schritt zur Ausgleichung scheint endlich von Seiten der freien Klagen aus bewirkt worden zu sein, indem man dem Kläger, sobald er auf die Rechtshülfe der Billigkeit verzichten und die Gefahr einer bestimmten Forderung übernehmen wollte, statt der gewöhnlichen Contractsklage auch eine Condiction nachließ, so daß sowohl aus Formalcontracten eine Forderung unbestimmten Betrags, mit oder ohne billiges Ermessen, wie aus den Geschäften auf Treu und Glauben eine einseitige und bestimmte möglich gewesen wäre. Wie dies auf der einen Seite eine völlige Gleichstellung der strengen und freien Verkehrsobligationen zeigen würde, so beweist es doch auch, daß man den Unterschied der Klagformen bis zuletzt festhielt und keine Verschmelzung derselben eintreten ließ.[105]

2. Werth und Bedeutung des römischen Obligationenrechts.

Von jeher hat man den Werth und die Bedeutung des römischen Rechts vor Allem im Obligationenrecht gefunden. Hier entfalten die Vorzüge, die ihm überhaupt eigenthümlich sind, ihre größte Kraft, hier begründete die Reception desselben auch den größten Fortschritt. Zwar fehlte es dem deutschen Recht auf diesem Gebiet so wenig als auf andern an selbständigen Bildungen, und es mag sein, daß das fremde sie in ihrer weitern Entwicklung vielfach verkümmert hat. Allein ob wir ohne Hülfe desselben eben so leicht die Bedürfnisse des modernen Verkehrs hätten befriedigen können, ist billig zu bezweifeln, selbst wenn sich andere Länder und gerade die vorgeschrittensten wie England und die Schweiz bis auf den heutigen Tag mit ihrem nationalen Recht behelfen. Princip und Wesen des fremden Rechts kamen zu Ende des fünfzehnten Jahrhunderts dem Bedürfniß der Zeit so sehr entgegen, daß wir vielleicht gerade darin einen Hauptgrund für seine bereitwillige Aufnahme erblicken dürfen, mochte dieselbe zeitweilig auch nur um den Preis einer Verletzung nationaler Rechtsgedanken möglich sein. Ich sage zeitweilig, weil kaum zu besorgen ist, daß die noch brauch-

baren verloren sind. Denn unsere Rechtsbildung ist im lebendigsten Fluß und die Thätigkeit der Wissenschaft wie der Gesetzgebung gerade auf dem Feld des Obligationenrechts eine besonders eifrige. Was also von nationalen Rechtsgedanken nicht blos den überwundenen Zuständen einer frühern Periode angehört, sondern auf einem tiefern Lebensgrund ruht, wird im weitern Verlauf dieser Arbeit sicherlich wieder seine Stelle finden. Wir haben nur den Vortheil gewonnen, mit doppelter Kraft arbeiten zu können, indem uns ebensowohl die Elemente unseres eignen, wie des ausgebildeten römischen Rechts zu Gebote stehen.

Schon der Umstand zeigt die Bedeutung des römischen Obligationenrechts im vollsten Licht, daß seine Institute nicht für einen einzelnen Stand, sondern für alle gegolten haben. Es theilte mit dem Jus civile von Anfang an den Charakter eines gemeinen Rechts und hat später, indem es die Schranken der ältern Cultur möglichst zu überwinden suchte, sogar den Verkehr der alten Welt überhaupt in sich aufgenommen. Ein besonderes Handelsrecht, das wie bei uns zunächst nur von einem einzelnen Stand ausgebildet und nur für ihn gültig gewesen wäre, hat es in Rom nie gegeben. Darum erscheint das Obligationenrecht schon äußerlich, dem Umfang nach, viel bedeutender als das Sachenrecht, und dieses ist ihm zugleich innerlich untergeordnet, insofern die Sachen, Mobilien wie Immobilien, zuletzt nur als Waaren in Betracht kommen, die durch bloße Tradition von Hand zu Hand gehen. Umgekehrt war bei uns das ältere Recht nur Sachenrecht. Es zeigt uns das Vermögen noch im Zustand der Isolirung und Ruhe, während ein Obligationenrecht so wenig ausgebildet war wie ein eigentlicher Handel. Und als mit dem Aufkommen der Städte ein künstlicheres Verkehrsrecht sich entwickelte, äußerte es sich zunächst nicht sowohl als gemeines Recht für alle Stände, wie als besonderes des Handels und der Gewerbe für den Bürgerstand. Adel, Ritter und Bauern hatten keinen Theil daran, und wenn unser Recht für die gewöhnlichsten und häufigsten Verträge auch rechtliche Bestimmungen hatte, so blieben ihm vorläufig doch alle diejenigen Institute fremd, die das Wesen der Geldwirthschaft ausmachen.

Für diese Stände reichte das alte Recht aus, und eben deshalb wollten sie von dem fremden nichts wissen. In Rom dagegen hatte der Verkehr alle Stände ergriffen, er zog das gesammte Privatrecht in seine Bahnen und drückte ihm ein handelsrechtliches Gepräge auf. Selbst das Familien- und Erbrecht zeigen die Spuren dieses Einflusses, denn ihre Institute sind zum großen Theil nur eine Ergänzung oder Nachbildung des Verkehrsrechts, vor Allem in der Art, wie die Sclaven und Haussöhne am Erwerb Theil nehmen. Das ganze Volk war ein Handelsvolk geworden, und darum mußte auch sein Recht dem Handel dienstbar werden.

Stellen wir nun die Hauptvorzüge des römischen Obligationenrechts kurz zusammen. Das Nächste, worauf wir stoßen, ist der strenge Unterschied von Eigenthum und Forderung, dinglichem und persönlichem Recht. Er ist die Grundlage jedes ausgebildeten Privatrechts, denn erst in ihm nimmt die abstract vermögensrechtliche Befugniß nach ihren zwei wesentlich verschiedenen Richtungen concrete Formen an. Entweder wir haben ein unmittelbares Recht an einer Sache, das ohne Rücksicht auf Dritte zur Geltung kommt, oder wir haben einen rechtlichen Anspruch an eine bestimmte Person, der erst mittelbar auf eine Sache gerichtet ist. Es ist oben gezeigt worden, wie die Römer schon in sehr früher Zeit zu diesem Gegensatz gelangten, und wie sie ihn sowohl von der Seite des Eigenthums als der Forderung mit größter Entschiedenheit festhielten. Er findet sich bereits im alten Sacramentsprozeß ausgeprägt, denn je nach dem verschiedenen Recht, welches der Kläger behauptet, ist auch das Verfahren ein verschiedenes: im einen Fall die Vindication, die auf die Sache geht, aio rem meam esse, im andern die Schuldklage gegen die Person, te mihi dare oportere. Damit war man in der That zu einer Eintheilung der Rechte aufgestiegen, während die Verschiedenheit der Objecte, der Gegenstand des Eigenthums oder der Forderung, erst in zweiter Linie in Betracht kam. So schroff nun auch der Gegensatz namentlich im ältern Recht aufgefaßt wurde, es lag darin doch ein unendlicher Fortschritt, und gerade die Energie und Schärfe, womit er auftrat, der absolute Charakter des dinglichen Rechts wie die streng persönliche Natur

der Schuld, zeugt von dem lebendigen Rechtsgefühl und der strengen Logik der Römer.

In dieser ausgebildeten Gestalt hat unser Recht den Unterschied erst in Folge der Einführung des römischen kennen gelernt, ja er ist vielleicht erst seitdem uns deutlich bewußt geworden. Der Gegensatz, von dem unser Recht ausging, war nicht der von dinglichem und persönlichem Recht, sondern von Eigenthum und Habe, Immobilien und Mobilien. Alles Recht war Vermögensrecht oder Eigenthumsrecht im weitern Sinn, der Anspruch auf eine Sache so gut wie das Recht an einer solchen, und in dem Zustand der Flüssigkeit und Beweglichkeit, in welchem dingliche und persönliche Rechte sich zu einander befanden, war vorläufig nur das Grundeigenthum in feste Formen gekleidet und durch die gerichtliche Auflassung sicher gestellt. Für Mobilien dagegen haben wir ein dingliches Recht im römischen Sinn ursprünglich gar nicht gekannt. Gewiß, der vermögensrechtliche Begriff des Eigenthums war so gut vorhanden wie für das Grundeigenthum, allein der absolute Charakter des Rechts fehlte, der gerade das Wesen des römischen Eigenthums ausmacht. Wenn unter Umständen auch der Nichteigenthümer die dingliche Klage hat, der Eigenthümer aber dieselbe verliert und nur eine Fordernng oder Schuldklage behält, so erscheint das Recht eben im Zustand der Relativität, es bleibt von den persönlichen Beziehungen abhängig, in denen Mehrere zu der Sache stehen, und ob der Eigenthümer im Fall des Verlustes sein Eigenthum wieder erlangt, bestimmt sich nicht sowohl darnach, ob er vorher wirklich Eigenthümer war, sondern darnach, ob er auch jetzt noch das nächste Recht an der Sache hat. Wurde auf diese Weise die Selbständigkeit des dinglichen Rechts nicht so bestimmt anerkannt als in Rom, so blieb ebenso auch der Begriff der Forderung dem Eigenthum gegenüber minder entwickelt. Sie war kein streng persönliches Recht mehr, das ein bestimmtes Schuldverhältniß zur Voraussetzung hatte, sondern ging gleichfalls im Begriff des allgemeinen Vermögensrechts auf. Wie dies auf der einen Seite einen Mangel des Rechtsbewußtseins zu verrathen scheint, so bezeichnet es in anderer Hinsicht zugleich einen Fortschritt gegen das

römische Recht. Denn ein Vermögensrecht ist die Forderung allerdings zuletzt auch. Und ob es nicht der höhern Gerechtigkeit besser entspricht, unter gewissen Voraussetzungen selbst das Eigenthum von persönlichen Beziehungen abhängig zu machen, anstatt unbedingt das Princip der Dinglichkeit durchzuführen, zumal da wo der Eigenthümer seine Sache freiwillig einem Andern anvertraut, ist mindestens die Frage. Wenigstens hat die neuere Gesetzgebung überall die spröden Grundsätze des römischen Rechts verlassen und sich wieder den ältern deutschen zugewandt. Es ist das um so unbedenklicher, je fester der Unterschied dinglicher und persönlicher Rechte jetzt begründet ist, und je weniger eine Modification der römischen Grundsätze die Sicherheit des Eigenthums und Verkehrs noch gefährden kann.

Fehlt es dem deutschen Recht an dem durchgebildeten Fundamentalunterschied der privatrechtlichen Befugnisse, so läßt sich auch nicht erwarten, daß es die einzelnen Forderungsrechte begrifflich von einander gesondert und ein System von Verträgen aufgestellt habe. Es war dazu kein Grund vorhanden, weil die materielle Gültigkeit jedes Versprechens einen Unterschied der Verträge im römischen Sinn (contractus und pacta) nicht zuließ, und bei ihrer großen Mannigfaltigkeit eine Sonderung nach innern Merkmalen der ältern Zeit noch fern lag. Wir haben deshalb mit dem römischen Recht nicht bloß die scharfe Trennung von Eigenthum und Forderung, sondern zugleich ein vollständiges Obligationensystem gewonnen. Dem ältern römischen Recht fehlte ein solches ebenso wie dem deutschen. Allein in demselben Verhältniß, in welchem sich die Entstehungsgründe der klagbaren Obligation erweiterten, mußte man zu einer Classification derselben fortschreiten, und diese stimmt im Allgemeinen mit den Bedürfnissen und Zwecken des Verkehrs vollkommen überein. Freilich blieben die Römer bei ihrer Eintheilung nach den Entstehungsgründen (causae) wie sie historisch erwachsen war stehen und verbanden formelle und materielle Contracte zu Einem System, allein die materiellen fallen mit dem Inhalt der verschiedenen Obligations-

verhältnisse, wie sie durch den Verkehr gegeben sind, zusammen und sind auch für uns maßgebend.

Das System selbst ist zwar nicht recipirt und konnte es nicht werden, weil es so wie es war nur dem römischen Recht entsprach, während das deutsche von einem ganz andern Grundprincip ausgeht. Darum hat die Unterscheidung von formellen und materiellen Verträgen, Real- und Consensual-, benannten und unbenannten Contracten keine Bedeutung mehr oder nicht mehr die, welche sie für die Römer hatte. Aber die allgemeine Eintheilung der Obligationen in solche, die aus Verträgen, und in solche, die nicht aus Verträgen oder gar nicht aus Rechtsgeschäften entstehen, müssen wir doch aufrecht erhalten. Ebensowenig können wir für die Vertragsobligationen den Unterschied von formellen und materiellen völlig entbehren. Denn wenn wir auch die römischen Formalcontracte nicht kennen, so sind andere wie zum Beispiel der Wechsel an ihre Stelle getreten, bei denen ebenfalls das Formalprincip zur Anwendung kommt. Der Begriff der formellen Verträge hat zu dem weitern der abstract formalen geführt, der einmal zum Bewußtsein gekommen, nicht wieder verbannt werden kann, gleichviel wie und wo er sich im Einzelnen als praktisch erweist. Und wenn wir die Eintheilung der materiellen nach ihren Entstehungsgründen in Real- und Consensualcontracte verwerfen und geneigt sind, alle als Consensualcontracte zu behandeln, so hat uns das römische Recht daneben noch eine andere gelehrt, die der innern Natur der Vertragsverhältnisse entnommen ist und vielleicht auch dem heutigen Recht am besten zu Grunde gelegt wird: die in einseitige mit reiner Condiction, in ungleich zweiseitige mit zufälliger Gegenklage und in wesentlich zweiseitige mit Doppelklagen. Die letztern sind gegenwärtig weitaus die zahlreichsten, da sie fast alle eigentlichen Verkehrsgeschäfte einschließen, doch dürfen wir darum die übrigen nicht außer Acht lassen, und den Verträgen, die schon den Römern als zweiseitige bekannt waren und von ihnen im Einzelnen näher bestimmt wurden, reihen sich die heutigen leicht an.[106] Wie weit wir also ohne Aufnahme des fremden Rechts gelangt wären, und welche Mühe uns die Ausbildung eines dem

modernen Verkehr entsprechenden Systems gekostet hätte, ist gar nicht zu ermessen. Es ist freilich leicht, von unserm Standpunkt aus den römischen Juristen Halbheit vorzuwerfen, aber unendlich schwer war es, das römische Obligationenrecht mit seinen geschichtlichen Widersprüchen überhaupt in ein System zu bringen. So einfach die Aufgabe nachdem sie gelöst ist scheinen mag, es war immerhin die ganze Kraft der klassischen Jurisprudenz nöthig, um das beschränkte Civilrecht mit dem freiern der spätern Zeit zu einem einheitlichen Ganzen zu verbinden. In diesem sind die Schranken des erstern soweit es möglich war beseitigt und die allgemeinen Formen der Verpflichtung den Grundsätzen des materiellen Rechts gemäß zur Geltung gebracht. Naturgemäß lehnte sich das ältere Recht an das Eigenthum und seine Erwerbsformen an (nexum und res), das jüngere mehr an die Formen des Verkehrs und vor Allem an den Gedanken und Zweck der Geschäfte (stipulatio und consensus). Nachdem man indeß die Stipulation auf die Fremden übertragen und die für den Handel wichtigsten Verträge klagbar gemacht hatte, konnte das Obligationensystem in der That den Verkehr der alten Welt in sich aufnehmen. Es war wirklich ein Jus Gentium von universellem Charakter geworden, wie es dem weltbeherrschenden Römer ziemte.

Aber auch die juristische Behandlung im Einzelnen verdient unsere Bewunderung. Sie hat die Schwierigkeiten, welche zu überwinden waren, auf das Glücklichste gelöst. Die Methode ist zwar nicht immer consequent, ihr Ergebniß aber ist doch in der unendlichen Mehrzahl der Fälle vollkommen richtig. Daher hat die Natur der Sache (naturalis ratio), die als gewöhnliches Mittel gebraucht wird, um einen Rechtssatz zu begründen, im Munde der Juristen die verschiedenste Bedeutung. Bald steht sie im buchstäblichen Sinn und drückt wirklich einen Schluß aus der factischen Natur des Verhältnisses aus; bald deutet sie auf eine Consequenz des alten Civilrechts, soweit dasselbe zur Begründung einer neuen Regel brauchbar schien, wie zum Beispiel Sabinus seine Specificationstheorie aus dem Wesen des römischen Eigenthums ableitete; bald bezeichnet sie, und dies ist das Häufigste, einen Schluß aus

dem Jus Gentium, wonach nicht mehr auf die Form oder den Buchstaben, sondern auf den Inhalt und Zweck der Geschäfte gesehen werden sollte; bald endlich bezieht sie sich auf ein allgemeines Naturrecht, dessen sich die Jurisprudenz namentlich da bediente, wo die Ableitung eines Satzes aus dem positiven Recht unmöglich und doch nothwendig schien. Es war an und für sich eine verkehrte Anwendung, die man von diesem Begriff machte, etwa gerade so wie wenn man eine Zeit lang bei uns deutschrechtliche Institute auf römische zu stützen suchte. Aber in der Art und Weise, wie es geschah, stehen die klassischen Juristen unendlich hoch über unsern ältern Romanisten und Praktikern. Den Römern gelang die Wiedergeburt ihres Rechts, für uns ist eine solche noch immer eine ungelöste Aufgabe. In den Händen der Griechen war das Naturrecht ein todter Schatz geblieben, den Römern gestaltete es sich zum lebendigen Werkzeug. Es war nur ein anderer Ausdruck für die freiern Rechtsansichten, welche die Juristen aus der Einsicht in die Natur des Verkehrs gewonnen hatten, und gab ihnen die Mittel der Schlußfolgerung her, um zu dem zu gelangen, was Sitte und Leben forderten. Allerdings ist hellenischer Einfluß nicht zu verkennen. Nur äußerte er sich nicht in einer mechanischen Reception griechischen Rechts, wie wir dreihundert Jahre lang eine solche des römischen gehabt haben, sondern in einer Verarbeitung desselben in nationalem Sinn, wobei das fremde lediglich als Hülfsmittel diente. Gewiß haben sich die klassischen Juristen eingebildet, daß das Recht, welches sie producirten, auch aus dem Naturrecht folge, allein im Grund war es nichts weiter als ein Postulat ihrer Zeit, und sie griffen wohl nur deshalb dazu, weil ihnen die wirthschaftliche Bestimmung des Rechts allein in dieser Form zum Bewußtsein kam.[107] Was ihnen an nationalökonomischer und historischer Erkenntniß fehlte, ersetzte ihnen der angeborne juristische Tact und ihre Stellung zum praktischen Leben selber. Es kümmerte sie wenig ob der Weg, auf dem sie das Ziel erreichten, überall der nächste und beste sei, wenn nur das Ziel wirklich erreicht wurde. Wir haben andere und reichere Hülfsmittel, es fehlt uns nicht an Theorien über Ursprung und Wesen

des Rechts, ob wir indeß unsere Aufgabe ebenso leicht und sicher lösen, als es die Römer gethan haben, wird erst die Zukunft lehren.

Ein Beispiel, wie sie ihr Naturrecht benutzten, giebt uns unter Anderm die Naturalobligation. Sie hielten sich nicht damit auf, den Begriff derselben zu definiren und hieraus Schlüsse zu ziehen, aber sie gaben eine genaue Bestimmung ihrer Wirkungen für alle die Fälle, wo die Gültigkeit einer Forderung vom Civilrecht versagt und doch aus innern Gründen gerechtfertigt war. Solche Fälle mußten schon im ältern Recht vorkommen, wenn die Rechtsunfähigkeit der Person oder der Mangel der Form oder ein anderer positiver Grund die Entstehung einer klagbaren Obligation unmöglich machte. Die Klage blieb natürlich ausgeschlossen, wenn aber das, wozu man sich der Sitte gemäß für verpflichtet hielt, einmal geleistet war, so wurde auch keine Rückforderung zugelassen. Denn das positive Recht kann weniger fordern als die Sitte, sie aber nie völlig verläugnen. Bloß naturale Obligationen waren daher zunächst alle, die nicht das Civilrecht, sondern nur das Jus Gentium gelten ließ. Indeß wurden allmählich viele der letztern in jenes herüber genommen und ebenfalls klagbar. So spaltete sich der Begriff der Civilobligation, indem er im engern Sinn die Forderungen des alten Civilrechts, im weitern auch die klagbar gewordenen des Jus Gentium umfaßte. Nun gab es aber auch Fälle, wo weder das Civilrecht noch das Jus Gentium ein Forderungsrecht entstehen ließ und dennoch eine natürliche Pflicht anerkannt wurde, also eine Pflicht, die überhaupt keine juristische war. Das geschah zum Beispiel bei den Sclaven, die als natürliche Schuldner und den Herren gegenüber auch als natürliche Gläubiger angesehen wurden, oder da wo ein Pietätsverhältniß sich wirksam zeigte, wie das des Freigelassenen zum Patron, der Frau zum Ehemann. Es ergab sich also eine zweite Klasse von Naturalobligationen, die nur auf das Naturrecht zurückgeführt werden konnten, im Grunde aber nichts weiter als das nationale Bewußtsein eines Verkehrsbedürfnisses oder einer sittlichen Pflicht aussprachen. Während man da wo es auf freiere Erwerbs- und

Verkehrsformen ankam sich auf das Jus Gentium berief, mußte man hier, um die Rechtsfähigkeit der Sclaven, die Dienste der Freigelassenen, die Dosbestellung von Seiten der Frau zu motiviren, zur Annahme einer naturrechtlichen Freiheit des Menschen greifen oder eine sittliche Verpflichtung insoweit anerkennen, als die Nichtachtung derselben eine Unsittlichkeit enthalten hätte.[108] Diese zweite Art von Naturalobligation steht daher der Civilobligation im weitern Sinn gegenüber, die alle klagbar gewordenen, auch die des Jus Gentium begreift.

Indem nun von den Juristen die Wirkungen der verschiedenen Naturalobligationen bestimmt, und die der civilen mit Ausnahme der Klage mehr oder minder auf sie übertragen wurden, trat an die Stelle des frühern Unterschieds von civilen und naturalen eigentlich der andere von klagbaren und klaglosen Obligationen, denn eine Menge von Obligationen waren mit Klagen versehen, die es ursprünglich nicht gewesen, und andere, die nicht aus dem Jus Gentium stammten, wenigstens als naturale, sei es auch nur mit dem Ausschluß der Rückforderung (soluti retentio), anerkannt worden. Darum fand der Begriff auch auf solche Fälle Anwendung, wo ursprünglich eine Civilobligation vorhanden, aber das Klagrecht verloren gegangen war, zum Beispiel durch Prozeß- oder Klagverjährung, ebenso auf solche, in denen der Klage eine gesetzliche Einrede im Wege stand, welche der Forderung gleichwohl nicht alle Wirksamkeit entziehen wollte, wie zum Beispiel die exceptio senatusconsulti Macedoniani. Wenn die Juristen dessen ungeachtet den ältern Sprachgebrauch festhielten, so war dies sehr begreiflich. Der Ausdruck natural bezeichnete eben das Mittel, wodurch sie zu ihrem Begriff gelangt waren, mochte er nun im einzelnen Fall auf das Jus Gentium oder das Naturrecht zurückführen. Außerdem aber entsprachen sich weder die Begriffe von civilen und klagbaren, noch von naturalen und klaglosen Obligationen. Denn wie es civile gab, die später nur relativ oder gar nicht mehr gültig waren, und naturale (im engern Sinn), die eine Klage erzeugten, so gab es auch wieder klaglose, die nicht einmal eine naturale Verpflichtung übrig ließen und überhaupt gar keine

Wirkung hatten. Es ist deshalb vollkommen richtig, wenn Puchta behauptet, daß die Fälle einer nicht juristischen Pflicht nicht als Kern der Theorie zu betrachten seien.[109] Nur ist darüber nicht zu vergessen, daß es außer dem Civilrecht und dem Jus Gentium doch noch ein Drittes gab, was unter Umständen zur Sprache kam, die nationale Sitte oder das Naturrecht, wie es die Juristen nannten. Im Uebrigen handelte es sich allerdings um ein rein positives Institut, wodurch das römische Actionensystem in zweckmäßiger Weise ergänzt wurde. Es war ein Irrthum, wenn die Juristen glaubten, einzelne Fälle, für welche sie keine andere Handhabe hatten, auf ein abstractes Naturrecht gründen zu können. Allein weiter als Sitte und Bedürfniß verlangten, gingen sie nirgends, es fiel ihnen daher auch nicht ein, andere als praktische Schlüsse daraus ziehen zu wollen. Die eigentliche Bedeutung der Lehre von der Naturalobligation lag für die Römer in dem Institut der Sclaverei und der Unklagbarkeit der formlosen Verträge. Für uns ist dieselbe weggefallen. Dabei ist freilich zu bedauern, daß da wo neuere Gesetze für Verträge eine bestimmte Form vorschreiben, die Wirksamkeit der unförmlichen aber unbestimmt lassen, uns ein Mittel abgeht, dieselbe ebenso genau zu bestimmen als es die Römer gethan haben.

Wie in der Lehre von der Naturalobligation haben die römischen Juristen das Obligationenrecht noch in unzähligen andern Fällen ausgebildet, überall kunstvoll und fein und zugleich praktisch und sachgemäß, nicht um das Leben in Fesseln zu schlagen, sondern um es zu befreien. Vor Allem sind es die allgemeinen Lehren, die im Obligationenrecht ohnehin die größte Bedeutung haben, auf welche sie mit Vorliebe ihren Scharfsinn verwandten. Der sogenannte allgemeine Theil der Pandekten, der jetzt mit Recht besonders ausführlich behandelt wird, findet daher gerade im Obligationenrecht seine häufigste und wichtigste Anwendung. Ja man schickt dem letztern wieder einen eigenen allgemeinen Theil voraus, gleich als wäre er nur dazu da, um hier in specieller Anwendung noch einmal wiederholt zu werden. Die dahin gehörigen Institute bezeichnen wir mit dem Namen der unselbständigen, das heißt solche,

die nur an und mit andern, nicht für sich allein vorkommen. Für die selbständigen, denen wirkliche Institute des Lebens zu Grunde liegen, sind sie gleichwohl von der größten Wichtigkeit, indem sie diese auf das Mannichfaltigste bedingen und bestimmen. Denn sie enthalten die allgemeinen Principien, unter deren Herrschaft jedes Obligationsverhältniß steht oder im einzelnen Fall stehen kann, wie über Begründung und Aufhebung, Inhalt und Ausübung einer Forderung, über den Einfluß der Zeit, die Modalitäten der Willensbestimmung (dies, conditio und modus), über Irrthum, Zwang und Betrug, die Wirkungen des Verzugs (mora), der Fahrlässigkeit (culpa) u. dgl. mehr.[11] Je weniger sie mit den factischen Grundlagen des Rechts unmittelbar zusammen hängen, desto brauchbarer bleiben sie auch für uns und für alle Zukunft, so lange sie unsern sittlichen Anschauungen nicht widersprechen. Und in ihrer Ausbildung zeigt sich die Technik der römischen Juristen wieder in ihrer ganzen Kunst und Meisterschaft: das logische Element, was dem Volke eigenthümlich war, kam hier zu seiner vollen Entwicklung. Es ist deshalb gleichgültig, ob die eine oder andere der von den Juristen aufgestellten Regeln jetzt nicht mehr passen will, oder wie lange das römische Recht überhaupt seine bisherige Anwendbarkeit behält, die vollendete Kunst der Juristen, der es seine letzte klassische Form verdankt, wird immer dieselbe bleiben. In der ihnen eignen logischen Schärfe, in ihrer leichten und gewandten Art, selbst die verwickelsten Rechtsfälle aufzulösen und zu entscheiden, und vor Allem in der glücklichen Sicherheit, dem Verkehr ebensowohl zu dienen wie ihn zu beherrschen, werden wir sie schwerlich jemals erreichen, trotz der erweiterten Hülfsmittel und der tiefern Begründung unserer Wissenschaft.

Indeß nicht bloß die äußere Ausbildung des Rechts, auch die ausgebildeten Institute selbst haben und behalten ihren Werth, insofern sie alle ihren Ursprung schon einer relativ vorgeschrittnen Entwicklungsstufe verdanken. Und darin liegt ein neuer Vorzug, welchen das römische Obligationenrecht wenigstens vor dem ältern deutschen voraus hat, dessen Ursprung einer ungleich minder entwickelten Culturstufe angehört. Denn die Zeit, in der unser alt-

nationales Verkehrsrecht entstanden ist, war in wirthschaftlicher Hinsicht unendlich weit hinter der der klassischen Juristen zurück. Wohl liegt in gewissem Sinn der Anfang unserer Entwicklung höher als das Ende der römischen, Handel und Verkehr aber waren vielleicht nach tausend Jahren noch nicht soweit als in Rom zu Anfang der Geschichte. Während bei uns die Naturalwirthschaft erst seit dem Ende des Mittelalters überwunden wurde, hatte in Rom die Geldwirthschaft gleich mit den zwölf Tafeln begonnen.

Daher der Satz, daß jede Obligation Geldwerth haben müsse, daß die Condemnation bei allen Klagen auf Geld zu richten sei, und nur eine liquide Geldforderung exequirt werden könne. Das beneficium dationis in solutum, wonach der Schuldner umgekehrt bei Geldforderungen sich durch Hingabe anderer Güter zu gerichtlichem Taxwerth befreien kann, ist erst eine singuläre Ausnahme des Justinianischen Rechts. Stritten doch noch die klassischen Juristen darüber, ob wenn der Schuldner mit Einwilligung des Gläubigers etwas Anderes an Zahlungs Statt gebe, die ursprüngliche Obligation ipso iure oder nur ope exceptionis getilgt werde. Daß das Geld und nur das Geld gesetzliches Zahlmittel sei, stand den Römern von Anfang an fest, seit der Zeit sie überhaupt eine pecunia signata forma publica populi Romani hatten. Sie sahen daher nur auf den Tauschwerth der Güter und als Tauschmittel erkannten sie allein das Geld an. Auch das Affectionsinteresse, das bei Geschäften auf Treu und Glauben zur Begründung einer Obligation für ausreichend gehalten wurde, kam nur insofern in Betracht, als eine Schätzung möglich war, das heißt ein Umsatz des Interesses in Geld.[111] Damit ist natürlich nicht gesagt, daß jede Verpflichtung, die Geldwerth hatte, umgekehrt auch Gegenstand einer Obligation hätte sein können. Die Eingehung einer Ehe, die Dienste der Familienglieder im Haus, rein geistige Arbeiten, nachbarliche Gefälligkeiten u. drgl. hatten allerdings einen solchen, aber sie konnten selbst wenn sie ausdrücklich versprochen waren, nicht eingeklagt werden. Wie weit ein Recht darin gehen will, derartige Verpflichtungen klagbar zu machen, hängt überall von der nationalen Sitte ab, und es ist ein bekanntes wirthschaft-

liches Entwicklungsgesetz, daß mit steigender Arbeitstheilung namentlich die Dienstleistungen geistiger Art (operae liberales) in das Gebiet des entgeldlichen Verkehrs übergehen, allein die Sitte der Römer kam im Wesentlichen mit der heutigen überein, und was sie rechtlich darüber festgestellt haben, wird deshalb im Ganzen auch für uns maßgebend bleiben.

Wenn dagegen im Mittelalter das Geld gar nicht oder wenigstens nicht ausschließlich als Tauschmittel galt, und das war in einem großen Theil Deutschlands selbst in den Städten nicht vor dem vierzehnten Jahrhundert der Fall, so folgt daraus, daß es so lange auch kein eigentliches Obligationenrecht gab. Der Verkehr bewegte sich zumeist noch in den Formen des Grundeigenthums, ebenso wie das wirthschaftliche Leben sich an letzteres anschloß und mehr auf den Gebrauchswerth wie auf den Tauschwerth der Güter gestellt war; beim Kauf kamen vielfach noch die ältern Surrogate des Geldes, Frucht oder Vieh, zur Anwendung; bei andern Verträgen ward es nicht selten dem Gläubiger freigestellt, ob er eine Quantität Frucht oder eine Geldsumme fordern wolle, oder es ward umgekehrt dem Schuldner überlassen, eine Rente in Pfenniggeld oder in Korngeld abzuführen. Hiermit fällt das Charakteristische der Obligation im römischen Sinn, daß sie im Recht lediglich nach ihrem Geldwerth zur Sprache kommt,[112] von vornherein hinweg. Wir sind eben nicht wie die Römer von dem Geldwerth der Obligation ausgegangen, sondern von der materiellen Gültigkeit des Versprechens, gleichviel auf welches Object es gerichtet ist. Daraus erklärt sich die wunderliche Vermischung dinglicher und persönlicher Rechte, öffentlicher und privatrechtlicher, privatrechtlicher und gar nicht juristischer Verhältnisse, der wir im ältern deutschen Recht begegnen. So bestellte man Bürgen oder Pfandrechte für die künftige Einwilligung der Erben zur Veräußerung von Grundstücken oder für das Versprechen, den Landfrieden zu halten, sich vor Gericht zu stellen, einen Eid zu leisten, kurz möglicher Weise für jede Verpflichtung, ohne daß sie einen vermögensrechtlichen Inhalt hatte.

Daher haben die Römer troß mancherlei Schwankungen von

jeher auch Zinsen gekannt und später den vertragsmäßigen noch die gesetzlichen zur Seite gestellt (quae ex officio iudicis praestantur). Zwar ist ihnen die Rechtmäßigkeit der Zinsen nicht zur vollen Klarheit gekommen, so wenig wie die höhere wirthschaftliche Bedeutung derselben. Allein in dem römischen Zinsrecht lag doch ein großer Fortschritt gegen die Verhältnisse des Mittelalters, wie sie im kanonischen Recht einen Ausdruck gefunden hatten. Vollkommen richtig stellen die Römer ihre Zinsen als Civilfrüchte den Naturalfrüchten zur Seite, analog dem Pacht- oder Miethgeld, und erklären sie mit etymologischer Anspielung für den Gebrauchsnutzen fremden Geldes (usus aeris crediti), ja sie erkennen da, wo Zinsen nicht stipulirt sind, eine Naturalobligation auf Zahlung derselben an, wenn nicht das Recht schon eine gesetzliche Zinspflicht begründet, wie bei den Verzugszinsen oder den Zinsen vom Kaufpreis nach erfolgter Tradition der Waare. Handel und Verkehr müssen also soweit diesen Anschauungen entsprochen und die Rechtmäßigkeit einer Entschädigung für den Gebrauch fremder Gelder festgestellt haben. Denn diese läuft mit der Productivität des Capitals parallel, so daß überall wo die letztere sich ausbildet auch die erstere sich geltend macht: es ist dann einerlei, ob Jemand ein Gut verpachtet, ein Haus vermiethet oder ein Geldcapital ausleiht. Eine Zeit dagegen, in welcher das Capital noch unentwickelt ist, kann auch keine Zinsen haben, weil der Gläubiger, wenn er sein Geld selbst behält, in der Regel ebenfalls keinen Gewinn davon hätte. Und das war im frühern Mittelalter in der That der Fall. Wie es das Geld nicht als allgemeines Tauschmittel kannte, so auch noch nicht zum Zweck des Uebertrags von Capital. Geld lieh man in Nothfällen, zum Loskauf aus der Gefangenschaft, zu Reisen, Kriegszügen, Bauten u. s. f., aber zunächst nicht um es im Ackerbau oder Gewerbe productiv anzulegen, wenigstens nicht in der ältern Zeit, ehe die städtische Entwickelung begann. Productiv wurde es erst durch die neuen Stände, die auf Handel und Gewerbe angewiesen waren, und diese waren es auch, welche das Capital zuerst in fruchtbare Verbindung mit dem Grund und Boden brachten.

Deshalb weiß unser älteres Recht, wenn der Schuldner nicht rechtzeitig zahlt, nur etwa von einem Schaden, nicht von einem entgangenen Gewinn des Gläubigers; Verzugszinsen mußte man sich besonders versprechen lassen, und sie haben dann mehr die Natur einer Conventionalstrafe als die wirklicher Interessen. Zinsen und Schaden sind gleichbedeutend, wie wir dies zum Beispiel in der Geldaufnahme auf Kosten des säumigen Schuldners sehen (debitum super damnum debitoris recipere), laufende Zinsen dagegen erschienen als unerlaubter Wucher und waren nicht blos im kanonischen Recht, sondern auch in vielen deutschen Rechtsquellen verboten. Ja unsere Sprache hatte nicht einmal ein Wort zur Bezeichnung des ihr ursprünglich fremden Begriffs. Zins ist das lateinische census und bedeutet im ganzen Mittelalter nur eine Abgabe vom natürlichen Ertrag des Bodens oder der Besserung wie in den Städten namentlich der Häuser. Darin spricht sich der Gedanke aus, daß nur der Boden, nicht ein bloßes Geldcapital Frucht tragen könne. Erst als man im Handel und Handwerk mehr noch als in der Besserung die selbständige Bedeutung des Capitals kennen lernte, kam der Ausdruck in unserm Sinn für den künstlichen Ertrag desselben in Gebrauch, gleichzeitig als man zwischen Geld (Rente) und Hauptgeld zu unterscheiden anfing: der neue Pluralbegriff Zinsen diente seitdem ausschließlich zur Bezeichnung des Capitalzinses.

Sehr charakteristisch ist auch das Wort Capital ein fremdes, aber kein reines Lehnwort, sondern ein abgeleitetes, das in dieser Form den Römern unbekannt war. Während sich bei ihnen die Productivität des Capitals (sors, caput) aus dem Handel ergab, hat sich bei uns dieselbe im Ackerbau entwickelt; daher bezeichnet das Wort ursprünglich nicht sowohl eine Geldsumme, als den Viehstand, das lebende Capital im Gegensatz zu den Früchten, und dies war außer dem Ackergeräth in der That das älteste und wichtigste Capital, was es im Mittelalter gab.[113] Wir werden unten sehen, wie darin zugleich ein Fortschritt gegen die römische Entwicklung liegt, daß sich bei uns der Begriff naturgemäß an der Entfaltung der Bodenkraft und der Rückwirkung des Handels auf den Acker-

bau ausgebildet hat. Allein bis gegen Ende des fünfzehnten Jahrhunderts bewegte sich der Capitalverkehr fast nur in den Formen des Rentenkaufs, wodurch das bewegliche Vermögen ebenso sehr immobilisirt, wie der Grund und Boden mobilisirt wurde. Umgekehrt war dem Römer, der die Obligation auf den Geldwerth stellte und seit den ältesten Zeiten ein Darlehn kannte, die Zinsbarkeit desselben von jeher geläufig, obgleich das Mutuum mit seiner streng einseitigen Natur allerdings daran erinnert, daß es ursprünglich so gut wie bei uns nur einen Leihverkehr für Nothfälle vermittelte. Die Rechtsform blieb, die rasche Entfesselung des Geldverkehrs aber erzeugte bald andere Verhältnisse, und wenn es auch zu einer allgemeinen Capitalanlage im Grund und Boden wie bei uns nicht mehr kam, so enthielt das römische Zinsrecht trotz seiner Beschränkungen immerhin einen bedeutenden Fortschritt gegen das Recht des Mittelalters. Die Zinsbeschränkungen aber, welche der Römer leicht umgangen hatte, ebenso wie der Kaufmann und Wechsler im Mittelalter die Zinsverbote, sind zum Theil gar nicht praktisch geworden, zum Theil haben sie für die damalige Zeit wohlthätig gewirkt. Das Justinianische Zinsmaximum konnte sogar durch den Reichsabschied von 1500 noch herabgesetzt werden, ohne daß darin eine Beschränkung des Capitalverkehrs lag, da bei dem Rentenkauf, der allmählich in ein beiderseits kündbares Darlehn übergegangen war, der Zinsfuß wenigstens in den Städten längst nie mehr als fünf Prozent betrug.

Daher endlich die genauen Bestimmungen des römischen Obligationenrechts über Interesse und Schadensersatz. Auch darin lag ein Fortschritt gegen das deutsche Recht und die Verhältnisse des Mittelalters. Geht jede Leistung, die Object einer Obligation sein kann, schließlich auf Geldwerth, so muß derselbe, sobald der Schuldner nicht erfüllt, unmittelbar Gegenstand der Obligation werden. Es fragt sich dann, wie er zu bestimmen sei, ob der Verkehrswerth der Leistung, das verum rei pretium, oder ihr individueller Gebrauchswerth für den Gläubiger, das id quod eius interest, und in wie weit letzteres in Betracht kommt. Dasselbe tritt ein, ohne daß eine Obligation besteht, wenn Jemand durch

positive Beschädigung das Vermögen eines Andern mindert und dafür Ersatz leisten soll. Unser deutsches Recht, das keine Verzugszinsen kannte, gewährte auch keine Klage auf das Interesse und gestattete nur den Gegenstand selbst oder seinen einfachen Werth einzuklagen. Es unterscheidet Erbschaden (damnum hereditarium), der durch Verletzung von Sachen, und gelobten Schaden (damnum promissum), der durch Nichterfüllung eines Vertrags oder durch Säumniß entsteht: jener wird stets ersetzt, dieser nur, wenn es ausdrücklich versprochen ist. Das war natürlich, weil das Recht vom Gebrauchswerth der Güter und vom Tauschhandel ausging, wobei von einer Vermögensdifferenz für den Gläubiger keine Rede war, oder doch der allgemeine Maßstab ihrer Schätzung wegfiel. In den Städten wurde allerdings dieser Mangel bald empfunden. Man suchte sich daher durch Conventionalstrafe, oder durch die Abrede, daß der Verkäufer zurücktreten dürfe, wenn der Käufer nicht rechtzeitig zahle, oder durch Angelobung des Schadensersatzes zu helfen, und für einzelne Verträge, wie die Haus- und Dienstmiethe, kamen gesetzliche Bestimmungen auf, die ein besonderes Versprechen überflüssig machten. Aber es blieben immer Nothbehelfe und schwache Anfänge des Rechts. Wie unbeholfen dieselben waren, sehen wir zum Beispiel an der Bestimmung des lübischen Rechts, wonach der säumige Schuldner so lange, als er mit der Zahlung im Rückstande bleibt, dem Gläubiger die gleiche Summe leihen oder den Schaden ersetzen oder ihn abschwören muß. Also ähnlich wie der, welcher sich eigenmächtig den Besitz verschafft, nach dem Landfrieden von 1281 damit gestraft wird, daß er seinem Gegner ebenso lange als die Entziehung gedauert hat den Besitz einräumen muß.

Auch dem ältesten römischen Recht war eine Liquidation des Interesses fremd, man half sich ursprünglich wie bei uns durch Pönalstipulation, oder das Recht gab Strafklagen auf den doppelten oder mehrfachen Sachwerth, oder der Gegenstand der Klage erschien für den Schuldner als Strafe, für den Gläubiger als fixirtes Interesse (actiones mixtae); Spuren davon haben sich bis auf das neueste Recht erhalten, so daß zum Beispiel bei der Darlehnsklage, selbst nach Justinianischem Recht, keine Verzugszinsen

gefordert werden dürfen.¹¹⁴ Allein der Unterschied war, daß in Rom diese Zustände rasch überwunden wurden und durch die Juristen eine Theorie entstand, welche dem Bedürfniß des Geschäftslebens vollständig genügte. Dem Recht der spätern Zeit sieht man es nicht mehr an, von welchen Anfängen es ausgegangen war. Die scharfsinnigen Unterschiede zwischen Tauschwerth und Interesse, positivem Schaden und entgangenem Gewinn, mittelbarem und unmittelbarem Schaden (utilitas circa rem ipsam), die Bestimmungen, wie das Interesse berechnet werden soll, und ihre Anwendung auf die einzelnen Obligationsverhältnisse gehören mit zu dem Besten, was der römische Geldverkehr und die klassische Jurisprudenz hervorgebracht haben.

Bedenken wir, daß die Naturalwirthschaft bei uns erst Ende des Mittelalters allmählich aufhörte, so erklärt sich leicht die große Bedeutung, welche das römische Obligationenrecht gerade für die Zeit hatte, in der es recipirt wurde. Es kam der Entwicklung des wirthschaftlichen Lebens vollständig entgegen; was man brauchte, glaubte man im römischen Recht zu finden, und man fand es wenigstens zum Theil.

3. Beschränkungen und Mängel.

Reden wir von Beschränkungen und Mängeln des römischen Obligationenrechts, so sind damit nur solche gemeint, die sich von unserm deutschen Standpunkt aus ergeben. Ob und wie weit auch die Römer dieselben schon empfunden haben, und zu welcher Zeit bei ihnen die Differenz zwischen dem Recht und dem Leben vielleicht am stärksten hervorgetreten ist, mag die römische Rechtsgeschichte näher untersuchen. Hier können wir nur wiederholen, daß im Ganzen und Großen die römische Rechtsentwicklung stets mit dem Leben in Einklang geblieben ist, daß dies im Vergleich zur deutschen gerade als ihr Hauptvorzug erscheint, und daß ein Conflict beider, wie wir ihn unmittelbar vor und nach der Reception des römischen Rechts gehabt haben, in Rom niemals vorhanden war. Dagegen ist es unsere Aufgabe, die Grundsätze des römischen Obligationenrechts, die ihre eigentliche Bedeutung erst im

Zusammenhang mit der Cultur des Alterthums empfangen, hier von unserm Standpunkt aus zu prüfen und auf die Hauptunterschiede aufmerksam zu machen, die zwischen ihnen und den deutschrechtlichen bestehen.

Denn der Fortschritt, den die Reception begründete, war nur ein relativer. Eine Zeit lang mochte man wohl glauben, daß das römische Recht wirklich ein Weltrecht sei, das für jedes Volk und jede Cultur gleich gut passe, allein je mehr man es praktisch anzuwenden suchte, desto mehr zeigte sich die Schwierigkeit, es unmittelbar auf unsere Verhältnisse zu übertragen. Wenn das Obligationenrecht am leichtesten Eingang fand, so geschah dies deshalb, weil es die empfindlichste Lücke des einheimischen Rechts ausfüllte und nicht wie das Familien- und Erbrecht eine Menge ausgebildeter Partikularrechte zu überwinden hatte. Dafür ist es in den allgemeinsten Grundsätzen auch wieder stärker als andere Theile bei der Reception modificirt worden;[115] je genauer es der römischen Cultur ihren Ausdruck gegeben hatte, desto weniger konnte es zugleich mit der unsrigen vollständig übereinstimmen. Und selbst wenn dies im fünfzehnten und sechszehnten Jahrhundert der Fall gewesen wäre, so würde es nicht mehr für die Gegenwart der Fall sein, da unser Leben in den dreihundert Jahren, die seit der Reception verflossen sind, die gewaltigsten Fortschritte gemacht hat. Wie aber unsere moderne Cultur zunächst auf der mittelalterlichen beruht, so sind auch unsere heutigen Rechtsanschauungen näher mit den Grundsätzen des ältern deutschen als mit denen des römischen Rechts verwandt. Nur hat die Reception diesen Zusammenhang vielfach verdeckt oder unterbrochen, während sie natürlich unsere selbständige Culturbewegung nicht aufhalten konnte. Deshalb dürfen wir jetzt allerdings von Beschränkungen und Mängeln des römischen Obligationenrechts reden, und sie sind uns um so deutlicher bewußt geworden, je weiter sich unsere Cultur von der römischen entfernt hat und je tiefer wir in das Verständniß des fremden Rechts eingedrungen sind. Dem eigenthümlichen Werth desselben geschieht damit nicht der mindeste Abbruch: er bleibt der nämliche, auch wenn wir aufgehört haben, es wie bisher in mecha-

nischer Weise anzuwenden, ja er wird vielleicht dann erst nach seiner ganzen Bedeutung und Größe erkannt werden.

Die Mängel führen entweder auf Beschränkungen des römischen Rechtsbewußtseins oder der römischen Cultur zurück. Eins hängt mit dem Andern nah zusammen: es gab Schranken der Cultur, die selbst die klassische Jurisprudenz nicht durchbrechen konnte, und wieder andere des sittlichen und rechtlichen Bewußtseins, die auch die erstere auf einer bestimmten Stufe festhielten. Doch liegt bald die Beziehung auf das Eine, bald auf das Andere näher. Nach beiden Seiten ist trotz der formellen Ausbildung des Rechts, trotz der großartigen Entwicklung des Geldverkehrs die Einseitigkeit und Unvollkommenheit nicht zu verkennen. Bleiben wir vorerst bei dem formellen Ausdruck des Rechts, so tritt die den Römern eigenthümliche Uebertreibung der Begriffe, der absolute und einseitige Charakter der rechtlichen Befugniß, auch auf dem Gebiet des Obligationenrechts hervor.

Vor Allem erscheint der Gegensatz zwischen Eigenthum und Forderung, wie wir schon gelegentlich bemerkten, ganz unvermittelt. Ein gemeinschaftlicher Gattungsbegriff, der uns im Wort Vermögensrecht so geläufig ist, taucht bei den Römern nur hie und da im Worte Res auf, jedoch ohne daß er weiter ausgebildet worden wäre. So zur Bezeichnung der reipersecutorischen Klagen im Gegensatz zu den Delictsklagen und im Prozeß überhaupt im Sinn von Streitobject: res de qua agitur, litigiosa, in iudicium deducta, iudicata, exceptio rei cohaerens, procurator in rem suam und in vielen andern Verbindungen.[116] Ebenso werden die Vermögensrechte in res corporales und incorporales eingetheilt, wobei dem Eigenthum alle übrigen als unkörperlich gegenüberstehen, den Obligationen aber zugleich das Erbrecht und die Servituten zur Seite gestellt werden. Auch in den Ausdrücken bonorum possessio cum re und sine re ist eine gemeinschaftliche Bezeichnung der Eigenthums- und Forderungsrechte enthalten. Indeß ist Res ein so allgemeiner Begriff wie das Ding an sich, so daß er nicht eigentlich als Gattungsbegriff für Eigenthum und Forderung gelten kann, und noch weniger stimmt die Eintheilung

der Rechte in körperliche und unkörperliche mit der heutigen in dingliche und obligatorische überein.

Im Uebrigen haben die Römer beide Begriffe stets aus einander gehalten. Res im technischen Sinn steht regelmäßig zur Bezeichnung des Eigenthums oder der actiones in rem im Gegensatz zu den Forderungen oder den actiones in personam, die actiones in rem werden daher prozessualisch auch als Vindicationen oder Petitionen von den Condictionen oder Actionen schlechthin unterschieden, während actio rei persecutoria dann beiden gegenüber die extraordinaria cognitio bezeichnet.[117] Demgemäß hielten die Römer auch den Gegensatz der Rechte selbst fest. Das Eigenthum ist ihnen die absolute Herrschaft über eine körperliche Sache, die Obligation das Recht auf eine persönliche Leistung; dort kommt nur das unmittelbare Recht an der Sache, hier nur die unmittelbare Beziehung zur verpflichteten Person in Betracht; wie das Eigenthum unfähig ist, im Verkehr durch persönliche Beziehungen dritter zur Sache alterirt zu werden, so tritt bei der Obligation der sachliche Inhalt, den sie repräsentirt, vor dem persönlichen Verhältniß zurück. Dies ist einseitig und der Natur des Vermögensrechts, dem beide zu dienen bestimmt sind, nicht völlig gemäß.

Gehen wir vom Begriff des Vermögens aus, so erscheinen die dinglichen Rechte einfach als Rechte an einer Sache, die Obligationen als Rechte auf eine Sache oder einen Sachwerth. Es sind Rechtsformen, in denen sich der Erwerb und Gebrauch der zum Leben nothwendigen Güter vollzieht, und deren Objecte (res) sich wirthschaftlich als diese selbst darstellen. Haben wir die Güter bereits erworben, so reden wir von Eigenthum, muß der Erwerb noch durch die Leistung eines dazu verpflichteten Subjects vermittelt werden, von Forderungen: beide fallen rechtlich und factisch auseinander, ordnen sich aber dem Begriff des Vermögens als zusammengehörige Glieder desselben unter. Denn die Eigenschaft des Werthes, welche die Güter erst zu solchen macht und die das Recht überall voraussetzt, haben sie mit einander gemein. Das Eigenthum zeigt uns das Vermögen in der Ruhe, die Obligation in der Bewegung; jenes stellt den Gebrauchswerth, diese den

Tauschwerth der Güter dar. In der ältern Zeit stehen sich bei jedem Volk die einzelnen Haushaltungen selbständig gegenüber, jede erzeugt die zur Bestreitung ihrer Bedürfnisse nöthigen Güter so viel wie möglich selbst, später sobald die Arbeitstheilung sich entwickelt, hört die Isolirung auf und alle müssen für einander arbeiten. Daraus erklärt sich, weshalb in der ältern Zeit mehr auf den Gebrauchswerth, später mehr auf den Tauschwerth der Güter gesehen wird, gerade so wie das Recht zuerst Besitz und Eigenthum, vor Allem am Grund und Boden, dann auch Obligationen und Verkehrsgeschäfte ausbildet, oder wie in der ältern Zeit mehr die ursprünglichen Erwerbsarten, Aneignung und Arbeit (Occupation und Production), später mehr die abgeleiteten, Tausch oder Kauf (Tradition), vorherrschen. Im einen Fall ist das Volk noch auf Viehzucht oder Ackerbau beschränkt, im andern treibt es zugleich Handel und Gewerbe; dort besteht Naturaltausch, hier wird das Geld allgemeines Tauschmittel. Im Geld werden Eigenthum und Obligation vergleichbar und alle Werthe wie man es ausdrückt unter einen gemeinschaftlichen Nenner gebracht; ein abstractes Gut, das sich durch Kauf jederzeit in concretes verwandeln kann und ebensowohl Gegenstand des Eigenthums wie der Forderung ist.

Mit dem Aufkommen des Handels und der Gewerbe dient daher auch das Eigenthum, besonders da wo es sich um bewegliche Güter handelt, vom Gebrauchscapital abgesehn, meist nur dazu, um anderes dafür zu erwerben, ebenso wie die Obligation bestimmt ist, uns das Object, worauf sie gerichtet ist, Arbeit oder Capital, also wieder Eigenthum zu verschaffen. Die Obligation vermittelt den Uebergang des Eigenthums aus einer Hand in die andere, das Eigenthum stellt sich als Mittel für neue Obligationen heraus. Jedes erscheint als Mittel und Zweck oder als Ursache und Wirkung des Andern: in demselben Verhältniß, in welchem sich der Haushalt des Einzelnen durch steten Wechsel seiner Vermögensbestandtheile, und das Volksvermögen im Ganzen durch Reproduction und Umlauf erhält. Je lebendiger aber der Verkehr wird, desto mehr erlischt die selbständige Bedeutung des Eigenthums, desto mehr tritt die Obligation in den Vordergrund. Das Eigen-

thum kommt nur als Mittel des Umsatzes gegen andere Güter in Betracht, die Obligationen bilden oft umgekehrt den ganzen Bestand eines Vermögens und nehmen zum Theil selbst den Charakter des Eigenthums an.

Von einem unvermittelten Gegensatz kann dann keine Rede mehr sein, weder hinsichtlich der Dauer, noch der Veräußerlichkeit, noch des Ertrags. Hinsichtlich des Ertrags haben die Römer durch die Zinsen wenigstens factisch die Forderung dem Eigenthum angenähert, in Betreff der beiden andern Punkte dagegen haben sie keine Gleichstellung der Obligation mit dem Eigenthum anerkannt. Stellt man sich, wie es im Anschluß an das römische Recht gewöhnlich geschieht, das Eigenthum als dauernde Herrschaft, die Obligation als vorübergehendes Verhältniß vor, das nur entstehe, um wieder aufgehoben zu werden, so tragen wir ganz zufällige Merkmale in diese Begriffsbestimmung hinein. Vom römischen Standpunkt aus mag das vielleicht richtig sein, vom deutschen gewiß nicht. Der Unterschied ist lediglich der, daß im einen Fall nur der Eigenthümer, im andern nicht bloß der Gläubiger, sondern auch der Schuldner dem Recht ein Ende machen kann. Und doch kann factisch auch der Eigenthümer sein Recht nicht aufgeben, wenn er keinen Abnehmer oder Käufer findet. Unter entwickelten Verhältnissen theilt aber das Eigenthum, zum Theil sogar für den Grundbesitz, ganz die lebhafte Bewegung der Obligationen, und diese sind in den meisten Fällen gar nicht denkbar ohne Eigenthum, welches sie übertragen. Ebenso giebt es umgekehrt eine Menge von Obligationen, die nicht dazu bestimmt sind, möglichst bald wieder aufgehoben zu werden. Das zinsbare Darlehn zum Beispiel wird nicht bloß im Handel, sondern auch zu stehender Capitalanlage gebraucht, und hierbei ist es nicht minder auf eine dauernde Benutzung wie beim Grundeigenthum abgesehen. Gerade auf höherer Cultur tritt neben dem raschen Wechsel des umlaufenden zugleich eine auf unbestimmte Zeit berechnete Anlage des stehenden Capitals hervor. Sind doch selbst heut zu Tage Fälle nicht selten, daß ein Bauerngut zwei- dreimal seinen Besitzer wechselt, während ein Capital Generationen hindurch ruhig darauf

stehen bleibt, von den Häusern rasch anwachsender Städte, die vielleicht zehnmal in andere Hände kommen, ehe das zum Bau geliehene Capital gekündigt wird, gar nicht zu reden. Das Moment der Dauer also ist für die Unterscheidung von Eigenthum nnd Forderung nicht wesentlich. Es giebt Obligationen, die auf eine längere Zeit berechnet sind als das Eigenthum, und wieder Eigenthum (Handelswaare, Geld und seine Surrogate), das nur zu möglichst rascher Circulation bestimmt ist, so schnell als die Obligation immer folgen kann.

Hat aber die Forderung regelmäßig gleich dem Eigenthum einen präsenten Vermögenswerth, so tritt auch das Bedürfniß hervor, für ihre Veräußerung die gleiche Freiheit und Leichtigkeit zu gewähren wie für das Eigenthum. Denn je lebhafter der Güterumlauf wird und je langsamer die Capitale sich zugleich von ihren Anlagsplätzen ablösen, desto mehr liegt die freie Veräußerlichkeit im Interesse beider Contrahenten: in dem des Gläubigers, um seine Ausstände rasch realisiren zu können, in dem des Schuldners, um der Kündigung zu entgehen und im ungestörten Gebrauch des Capitals zu bleiben. Die freie Veräußerlichkeit befriedigt also ein lebhaftes Verkehrsbedürfniß, indem sie den Capitalumsatz außerordentlich erleichtert. Ist sie aber vom Recht einmal anerkannt, so wird dadurch die Forderung noch mehr dem Eigenthum angenähert. Beide sind dann im Grunde nicht bloß gleiche Vermögenswerthe, sondern auch gleiche Vermögensrechte. Ja der Capitalist, dessen Eigenthum in Obligationen oder Papieren besteht, hat ein activeres und freieres Vermögen, wie der Grundbesitzer, der nur ein Eigenthum an Häusern oder Gütern hat. Sind die Forderungen speciell grundversichert, so stehen sie vollends dem Eigenthum so nahe, daß sie nur rechtlich als Forderungen qualificirt werden können, während factisch der Gläubiger bis zum Belauf seines Capitals als Käufer oder Eigenthümer des Pfandobjects erscheint. Weit entfernt, daß es ihm um Tilgung der Schuld zu thun wäre, gilt es oft umgekehrt als Vorzug der Hypothek, wenn von Seiten des Schuldners für längere Zeit keine Kündigung zu erwarten ist. Und diese wesentliche Gleichheit hat das römische Recht nicht ent-

wickelt; es hält an dem Gegensatz fest, ohne Eigenthum und Forderung dem höhern Begriff des Vermögens unterzuordnen. Während es für das Eigenthum von Anfang an freie Veräußerlichkeit zuläßt und selbst die Immobilien keinerlei Beschränkungen unterwirft, hat es die Obligationen, die doch gerade für den Verkehr bestimmt sind, in Bezug auf ihre Umlaufsfähigkeit niemals dem Eigenthum gleichgestellt. Es war eben auch im Leben zu keiner fruchtbaren Verbindung von Eigenthum und Obligation gekommen.

Natürlich ist damit nicht gesagt, daß das Recht den Unterschied zwischen dinglichen und persönlichen Rechten je fallen lassen könnte. Das Vermögen kommt im Leben noch in vielen andern Beziehungen zur Sprache als von der Seite seines Werthes, und es würde gerade dem Verkehr wenig zusagen, wenn der Capitalist lediglich als Eigenthümer seiner Staatspapiere, Wechsel, Actien und Pfandbriefe behandelt werden sollte. Was er besitzt ist viel weniger Sacheigenthum als Rechtseigenthum, denn das wesentliche Object desselben ist nicht das körperliche Papier, sondern der Werth oder die Forderung, deren Träger das Papier ist. Da aber, wo das Bedürfniß es verlangt, eine Gleichstellung anzunehmen, hindert nichts, und schließlich wird jedes Recht sich dazu bequemen müssen. Das deutsche Recht ist diesen Weg von Anfang an gegangen, weil sich unser Creditverkehr im engsten Anschluß an den Grundbesitz ausgebildet hat, die Forderung daher weniger von der Seite ihrer persönlichen Beziehung als des Capitalwerths in Betracht kam; das römische Recht ist erst auf großen Umwegen zu einem ähnlichen Resultat gelangt, weil es vom Personalcredit ausgegangen ist und sich nie ganz vom Begriff der Forderung als eines rein persönlichen Rechts losmachen konnte. Während das ältere deutsche Recht die Obligation dem Eigenthum unterordnete, war das römische frühzeitig geneigt, das Eigenthum der Obligation unter zu ordnen: genau der wirthschaftlichen Entwicklung entsprechend.

Eine andere Beschränkung fundamentaler Art liegt im Formalismus des römischen Obligationenrechts. Nach deutschem Recht haben Verträge zu ihrer Gültigkeit niemals in dem Sinn einer Form bedurft wie nach römischem. Nur der Erwerb des Grund-

eigenthums blieb an die gerichtliche Auflassung geknüpft, während nach römischem Recht Immobilien wie Mobilien durch formlose Tradition übergehen. Für Verträge dagegen dauerte die Stipulation als Bedingung ihrer Gültigkeit principiell nicht bloß im Justinianischen Recht, sondern auch vor den geistlichen Gerichten des Mittelalters fort, wenn auch zuletzt nur in Gestalt einer urkundlichen Clausel (stipulatione subnixa). Ob ein Scheffel Frucht oder ein Grundstück versprochen war, machte keinen Unterschied; wohl aber, ob das Versprechen durch formlosen Vertrag oder durch Stipulation gegeben war. Im ersten Fall erkannte das Recht keine klagbare Forderung an, im zweiten hatte der Gläubiger für Grundstücke wie für Frucht dieselbe strenge Civilklage.

Freilich hat auch das deutsche Recht in der ältesten Zeit den Eintritt rechtlicher Wirkungen an sinnliche Formen geknüpft. Aber die Art wie es geschah war doch von Haus aus eine andere als in Rom. Bei uns waren die Formen meist bloße Bilder, wodurch der innere Vorgang der Handlung veranschaulicht werden sollte, hier sind es gesetzliche Acte, als solche aber unerläßlich, um überhaupt eine juristische Wirkung hervorzubringen. Die Form in ihrer ursprünglichen Bedeutung trat frühzeitig zurück, sie diente nicht mehr als Versinnlichungsmittel für bestimmte Rechtsgeschäfte, sondern sie wurde, aller überflüssigen Zuthaten entkleidet, ein abstracter Verpflichtungsgrund, ohne daß die materielle Causa dabei zur Erscheinung kam. Es hängt das wiederum mit der raschen Ausbildung des Geldverkehrs zusammen. Sobald man vom Kupfer zum Silbergeld überging, wurden die symbolischen Geschäfte durch die Stipulation verdrängt (verborum obligatio), und diese hatte mehr eine formale als eine formelle Natur. Sie galt gleich dem Litteralcontract als abstracter Verpflichtungsgrund, wie eine hoch entwickelte Geldwirthschaft stets solcher Formalcontracte bedarf. Eben darum spielt heut zu Tag der Wechsel, der ja ebenfalls ein abstractes Schuldversprechen darstellt, eine so große Rolle. Allerdings wurde später auch die formale Bedeutung der Stipulation wesentlich modificirt, indem die sogenannten materiellen Stipulationen, die in der Kaiserzeit allein in Gebrauch blieben, den Ent-

stehungsgrund oder die Causa der Forderung in sich aufnahmen und nur zur Einkleidung specieller Verträge dienten. Allein einmal gehört diese Entwicklung im Ganzen erst der nachklassischen Zeit an, und sodann ist im Princip die Form doch stets Bedingung der Klagbarkeit geblieben.

Ganz anders das deutsche Recht. Es hat trotz seiner reichen Symbolik, ja vielleicht gerade wegen derselben die Klagbarkeit der Verträge an sich nie von bestimmten Formen abhängig gemacht. Es abstrahirt nicht von dem thatsächlichen Inhalt, der den Rechtsgeschäften zu Grunde liegt, sondern bringt ihn durch den Vertrag nur zum Ausdruck. Deshalb ist ein unbestimmtes Versprechen, das keinen Grund enthält (cautio indiscreta), auch nicht klagbar. Und wo es für die volle Wirksamkeit eine Form verlangt, gilt gleichwohl der Vertrag nicht um der Form, sondern um des Inhalts willen; sie ist Bestärkungsmittel, aber nicht Bedingung seiner Gültigkeit. Er gilt nicht, weil er vor Gericht abgeschlossen, mit „gelehrten Worten" eingegangen, in Symbole gekleidet, eidlich bekräftigt oder sonstwie bestärkt ist, sondern zunächst weil die Contrahenten sich einmal verpflichtet, und zwar auf Treu und Glauben verpflichtet haben. Etwas Anderes ist die Frage, ob ein formloser Vertrag im Streitfall auch ebenso leicht geltend gemacht werden kann als ein gerichtsseitig bestätigter oder sonst gegen Anfechtung gesicherter. Denn das Gericht tritt nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge nur im Nothfall ein, während sich die meisten Verkehrsverhältnisse ohne Streit abspinnen, zumal in der ältern Zeit, wo weniger das Recht, als die Sitte den Verkehr beherrscht. Hier läßt sich ein Zustand denken, wo die Verträge, selbst wenn sie nicht als klagbar anerkannt sind, doch gewissenhafter erfüllt werden als später, wo sie den vollen rechtlichen Schutz finden. So waren in Rom die formlosen Verträge lange Zeit unklagbar und doch durch die Sitte vielleicht nicht minder geschützt, als später wo sie zum Theil mit Klagen ausgestattet waren; so konnten bei uns die meisten Verträge, wenn sie nicht vor Gericht eingegangen waren, eidlich als bindend abgeläugnet werden, und doch wird kaum ein Fall vorgekommen sein, wo der Beklagte, wenn er sich für ver-

pflichtet hielt, dies wirklich gethan hätte. Zahlt doch noch jetzt der ehrenhafte Mann lieber eine Nichtschuld, als daß er leichtsinnig einen Eid schwört.

Gewiß haben beide Systeme, das römische wie das deutsche, ihre Vorzüge und Nachtheile. Allein unserm sittlichen Bewußtsein entspricht nun einmal nur das deutsche, wonach jeder Vertrag schon als solcher als klagbar anerkannt wird. Das römische ist nicht aus dem Grund bei uns unpraktisch, weil bei der Reception die Stipulation etwa zufällig nicht mit recipirt worden wäre, sondern weil ihm ein positives Gewohnheitsrecht gegenüberstand, was seine Reception unmöglich machte. Es wäre freilich ein Irrthum, wollten wir unser Princip dahin mißverstehen, als ob Jeder dem Andern unter allen Umständen Vertrauen oder gar Credit schuldig wäre. Nichts liegt unserm Recht ferner als ein solcher Gedanke. Ueberall aber, wo ein Vertrag geschlossen wird, geschieht es auf Treu und Glauben, und wenn es daran fehlt, wird eben nicht contrahirt. Dies setzt unser Recht allerdings überall voraus, nach diesem Princip will es den einzelnen Fall beurtheilt haben. Darauf ruht sowohl die rechtliche Gültigkeit jedes (acceptirten) Versprechens, sofern es nur ernstlich ist, ein bestimmtes Object und einen bestimmten Grund hat, wie der Gedanke, daß auch die Erfüllung eines Vertrags stets durch Treu und Glauben bedingt bleibt: mit andern Worten alle Verträge sind bonae fidei im römischen Sinn. Für eine Reihe von Geschäften haben die Römer das Princip ebenfalls anerkannt, uns ist der ganze Unterschied von Rechts- und Billigkeitsklagen fremd, so sehr, daß wir Mühe haben, die Billigkeit zu erkennen, die sich gerade in den erstern nach römischem Recht kundgiebt.

Auch die Römer würden mit ihrem Formalprincip nicht ausgekommen sein, wenn sie nicht daneben für die eigentlichen Tauschgeschäfte zu einem andern ihre Zuflucht genommen hätten. Und ebenso haben in der spätern Zeit selbst die Formalcontracte ihre abstracte Natur verloren und sich den materiellen Verträgen angenähert, insofern ihre Wirksamkeit nicht mehr von der Form allein,

sondern zugleich vom Inhalt abhing. Der Litteralcontract hatte aufgehört, die Stipulation aber nahm eine andere Bedeutung an und verwandelte sich nach griechischer Art in eine schriftliche Vertragsform, in welche die einzelnen materiell bestimmten Geschäfte, meist Darlehne, eingekleidet wurden. Justinian hätte ohne tief greifende Aenderung das alte Princip vollends aufheben können. Allein zu einer solchen Umgestaltung, die immerhin ein neues Princip an die Stelle des alten hätte setzen müssen, fehlte der spätern Kaiserzeit die Kraft. Es ist vielleicht gut, daß es nicht geschehen ist, denn nur um diesen Preis konnte der Schatz altklassischer Jurisprudenz uns erhalten werden. Dabei wollen wir indeß den Fortschritt nicht übersehen, den unser deutsches Vertragsrecht dem römischen gegenüber ausdrückt. Es ist doch etwas mehr, jeden sittlichen Willensact, der sich auf dem Gebiet des Vermögensverkehrs vollzieht, auch rechtlich anzuerkennen, als die Gültigkeit einer Verpflichtung von vornherein an bestimmte Formen zu knüpfen. Und wenn wir über die Nachtheile der deutschen Formlosigkeit, über Mangel an Einfachheit und Sicherheit unseres Rechts klagen, dürfen wir nicht vergessen, daß wir dafür andere und höhere Güter eingetauscht haben. Gewiß, die formelle Vollendung des römischen Rechts war mit durch seinen Formalismus und vor Allem durch die Strenge des römischen Prozesses bedingt. Aber so wie sich dieselbe ausgebildet hat, deutet sie zugleich auf die tiefere Cultur und das unvollkommnere Rechtsbewußtsein der Römer.

Eine ähnliche Entwicklung vom Aeußern zum Innern, vom Formellen zum Materiellen, hat auch bei uns Statt gefunden. Denn für die Bildungsstufe ihrer Zeit haben unsere Schöffen das Recht ebenso zu vergeistigen gewußt, wie es die klassischen Juristen für das Alterthum gethan haben. Nur war und blieb die Bedeutung der Form eine andere als im römischen Recht, und so lange wir uns selbst nicht verläugnen, werden wir sie nie wieder in dem Sinn anerkennen als die Römer. Auch wenn wir wollten, würde es unmöglich sein, die fort und fort wachsende Zahl unserer Verkehrsverhältnisse in den knappen Rahmen des römischen Institutionensystems einzuspannen. Als abstracter Formalcontract aber,

der Geldforderungen getrennt von ihrer materiellen Causa zur Geltung bringt, ist der Wechsel ungleich bequemer, sicherer und weitergreifend als die Stipulation.

Mit dem Formalismus hängt noch eine andere Beschränkung zusammen. Ist der Grund der Verpflichtung ein abstract formaler, nicht ein innerer, der Natur des Geschäfts entnommener, so wird die Verpflichtung eine einseitige bleiben, wie der Vertrag ein einseitiger ist, das heißt er begründet auf der einen Seite nur ein Recht, auf der andern nur eine Verbindlichkeit. Materiell erklärt sich dies zugleich daraus, daß der Ausgangspunkt des römischen Obligationenrechts das Darlehn ist, die reine Forderung mit condictio certi. Wie die Ausdrücke Gläubiger und Schuldner ursprünglich nur auf das Darlehn bezogen und erst später auf andere Contracte übertragen wurden, so ist das Darlehn überhaupt für die römische Auffassung der Obligation maßgebend geblieben. Daher der Gedanke, daß die Forderung an sich ein reines Recht ist, streng einseitig, nicht bedingt durch etwaige aus dem Vertrag hervorgehende Gegenforderungen. Das sieht man einmal an der Aufstellung besonderer Gegenklagen für solche Geschäfte, aus denen möglicher Weise auch für den Schuldner Ansprüche entstehen können (mandati, depositi, commodati, pigneraticia, negotiorum gestorum, tutelae, tutelae utilis für den Curator), und vor Allem an der Art, wie die Römer ihre zweiseitigen Obligationen construiren. Nach unserer Anschauung gehen Leistung und Gegenleistung nothwendig aus demselben Vertrag hervor, so daß Forderung und Schuld auf beiden Seiten einander bedingen. Dem Römer zerfällt das Geschäft in zwei Hälften, der Kauf in eine emtio venditio, die Miethe in eine locatio conductio: jede erzeugt ein selbständiges Recht mit gegenüberstehender Verpflichtung und ist nur dadurch mit der andern verbunden, daß Compensation zugelassen wird. Die Verbindung ist also eine äußere, der Käufer klagt ex emto, der Verkäufer ex vendito; wo wir zur Klagbegründung die Erfüllung von Seiten des Klägers fordern möchten, begnügt sich der Römer mit einer Einrede von Seiten des Beklagten, die freilich keine Einrede im eigentlichen Sinn, sondern schon im Begriff

des Geschäfts enthalten ist (exceptio doli inest bonae fidei iudiciis). Praktisch mag es ziemlich auf dasselbe hinauslaufen, ob man sich Forderung und Gegenforderung getrennt, aber von einander abhängig wie das römische Recht, oder zu einer einheitlichen Obligation verbunden, aber als Quelle verschiedener Ansprüche wie das deutsche vorstellt, allein es kommt zunächst nicht auf die möglichen praktischen Consequenzen, sondern auf die Auffassung selbst an, und hiernach sind die Römer in der That von der Vorstellung zweier getrennter Forderungen ausgegangen, die nur durch das Princip der bona fides mit einander ausgeglichen werden. Historisch erklärt sich dies daraus, daß der Kauf in der ältern Zeit, ehe er als Consensualvertrag klagbar war, durch Stipulationen vermittelt wurde, die Klagen daher zunächst nur die Stipulationsklagen ergänzten oder an ihre Stelle traten.[118] Die Stipulation aber führt wieder ganz auf den Begriff des einseitigen, absoluten Forderungsrechts zurück, wogegen ursprünglich nicht einmal eine Einrede möglich war.

Allerdings war dem Bedürfniß des Verkehrs genügt, sobald für die Verbindung die materielle Billigkeit leitendes Princip wurde, und die Juristen haben es vortrefflich verstanden, dasselbe nach allen Seiten auszubilden. Gleichwohl dünkt es uns eine Beschränkung, daß den Römern die Ableitung von Forderung und Gegenforderung aus ein- und derselben Obligation unmöglich schien, und wenn die klassischen Juristen die zweiseitigen Verkehrsgeschäfte natur- und sachgemäß behandelt haben, so geschah es nicht in Folge, sondern trotz der altnationalen Auffassung.[119] Es ist ein Unterschied, ob man ein Princip erst auf Umwegen oder nur in Ausnahmsfällen anerkannt oder von Haus aus zur Grundlage des ganzen Vertragsrechts macht. Für einen großen Kreis von Geschäften blieb die alte Auffassung bestehn; der allgemeine Ausdruck Obligation, der etwa zu Ende der Republik aufkam, als die bonae fidei actiones Judicia geworden waren, zeigt wohl das Bedürfniß eines gemeinschaftlichen Begriffs für die aus demselben Verhältniß entspringende Forderung und Verpflichtung, konnte aber an dem Recht selbst nichts ändern. Und so zieht sich der Gegensatz

von strengen Rechts- und freien Verkehrsgeschäften ebenso wie der andere von Contracten und bloßen Verträgen bis auf das neueste Recht fort. Bei uns ist nicht blos jeder Vertrag klagbar, sondern auch jeder ein zweiseitiger, jeder auf Treu und Glauben gestellt, auch das zinsbare Darlehn und die ihm nachgebildeten Quasicontracte.

Die römische Obligation blieb was sie von Anfang an gewesen war, ein einseitiges, persönliches Forderungsrecht. Darum blieb sie an und für sich auch unübertragbar, an die ursprüngliche Person des Gläubigers wie des Schuldners gebunden. Und in dem Sinn wie das Eigenthum ist die Forderung allerdings niemals übertragbar, denn dort handelt es sich nur um ein Rechtsverhältniß zwischen Person und Sache, hier zwischen Person und Person. Wer vom Einen ein Darlehn nimmt, will es damit nicht zugleich von einem beliebigen Andern, und noch weniger creditirt der Gläubiger ohne Unterschied dem Einen wie dem Andern. Bei der eigenthümlichen Art, wie der römische Credit sich zunächst als Personalcredit entwickelt hat, ist die Unübertragbarkeit der Obligation vollends natürlich. Wo aber der Darlehnsverkehr sich auf Grundlage des Realcredits ausbildet, da wird man analog wie beim Eigenthum auch bei der Obligation oder dem Capital eine Uebertragung zulassen, denn nicht die Sicherheit der Person, sondern der belasteten Sache kommt zunächst in Betracht, und die Obligation stellt in der That, wenngleich einen abstracten, doch so gut einen körperlichen Sachwerth dar wie das Eigenthum. Darum kennt das deutsche Recht eine Uebertragung von Obligationen nach Art des Eigenthums, das römische nicht; und was von grundversicherten Forderungen gilt, haben wir dann weiter auf alle andern übertragen, selbst auf solche, die sich nach Art des römischen Obligationsbegriffs nur als Ansprüche aus vorübergehenden Geschäften, wie zum Beispiel Kauf, Miethe, Handelsgesellschaft darstellen.[120]

Das römische Recht kennt eine solche Uebertragung ursprünglich gar nicht. Als Surrogat dafür diente die Novation und Delegation, das heißt die alte Obligation wurde getilgt und eine neue begründet. Nur in der Delegation durch Litteralcontract

haben wir uns einen lebhaftern Verkehr mit Forderungen zu denken, der ähnlich wie bei den heutigen Girobanken durch Ab- und Zuschreiben in den Handelsbüchern vermittelt wurde, zugleich wieder ein Beweis, daß es vorzugsweise die Bedürfnisse des Handels waren, die einen Verkehr mit Forderungen hervorriefen.[121] Also weniger ein Capital-, wie ein bloßer Geldverkehr. Davon abgesehen ergab sich die Möglichkeit einer directen Uebertragung erst durch die prozessualische Stellvertretung und das Dominium Litis, wodurch der neue Gläubiger zum procurator in rem suam bestellt wurde und die aus der Forderung entspringende Klage auf sich übernahm. Vor der Novation hatte diese Form namentlich das voraus, daß sie nicht an die Mitwirkung des Schuldners gebunden war. Im Uebrigen wirkte sie nicht anders als jene, da auch die Litiscontestation nicht den Eintritt in die alte, sondern erst in die neue, durch den Prozeß entstandene Obligation gestattete. Auf dieser Stufe ist das klassische Recht im Wesentlichen stehen geblieben; eine Uebertragung von Forderungen ist wohl dem factischen Erfolg, aber nicht wie beim Eigenthum dem Recht nach möglich. Der Cessionar erscheint daher nach geschehener Cession nur als Vertreter eines fremden, nicht als Eigenthümer eines von ihm erworbenen Rechts.

Allerdings ist das Recht in der nachklassischen Zeit weiter fortgeschritten, neben die mandata actio und an ihre Stelle trat eine actio utilis des neuen Gläubigers, in andern Fällen, wo eine Verpflichtung zur Cession Statt fand, wurde die Cession als geschehen fingirt, und vor Allem wurde der Cessionar durch das Rechtsmittel der Denunciation auch für die Zeit vor Anstellung der Klage geschützt. Allein es ist das Princip, woran wir Anstoß nehmen; das römische Cessionsrecht scheint uns auf halbem Wege stehen zu bleiben, wenn es den Gläubiger, der seine Forderung verkauft hat, de iure noch als Gläubiger behandeln will. Wir verlangen principielle Anerkennung der Uebertragbarkeit oder bestimmter ausgedrückt der Veräußerlichkeit des Forderungsrechts und bringen hiernach die Cession unter den Gesichtspunct einer Eigenthums- oder Vermögensübertragung, analog der Tradition bei körperlichen

Sachen. Nur daß beim Eigenthumserwerb der Wille Eigenthum zu geben und zu nehmen sich noch durch eine äußere Handlung verkörpern muß, während bei der Cession der bloße Consens oder die materielle Causa, Kauf, Tausch, Schenkung u. s. f. zum Uebergang des Rechts genügt. Doch ist auch dieser Unterschied wenigstens kein nothwendiger. Denn wie es denkbar ist, das Eigenthum einer Waare schon durch den bloßen Abschluß des Kaufcontracts übergehen zu lassen, was das französische Recht unter Umständen wirklich thut, so knüpft sich umgekehrt an die Veräußerung einer Obligation regelmäßig die Uebergabe der Schuldurkunde, und es wäre vielleicht wünschenswerth, daß das positive Recht zur Perfection der Veräußerung überall eine solche Form vorschriebe. In jedem Fall ist es nach unserer Auffassung wirklich das Eigenthum der Forderung, was durch die Cession auf den Erwerber übergeht, und dieser Gesichtspunkt soll zugleich für die einzelnen speciellen Fragen, die sich dabei ergeben, maßgebend sein. Ob wir die Uebertragung Singularsuccession nennen, ist ziemlich gleichgültig; der Sache nach ist eine solche allerdings vorhanden, und es steht damit nicht im Widerspruch, daß sich der neue Gläubiger alle Einreden gefallen lassen muß, die dem Cedenten entgegen standen. Denn der frühere Gläubiger kann nicht mehr übertragen, als er selbst hatte, so wenig als es der Eigenthümer kann. Wer ein Haus kauft, auf welchem Servituten lasten, muß ja diese auch mit übernehmen. Aber während das Eigenthum von persönlichen Beziehungen frei erscheint, ist die Forderung wesentlich durch die Verbindlichkeit des Schuldners bedingt, dieser kann also dem Cessionar gegenüber in keine schlechtere Lage kommen als dem Cedenten gegenüber. Wir brauchen die Brücke nicht mehr, auf welcher der Römer zu einem Verkehr mit Forderungen gelangte, denn unser Capitalverkehr hat sich im Anschluß an den Rentenkauf entwickelt und von Anfang an eine freie Bewegung der Capitale zugelassen.

In neuerer Zeit ist selbst von Romanisten der moderne Standpunkt der Cessionslehre mit Energie verfochten worden. Es ist das doppelt verdienstlich, da das römische Recht eine weitere Ausbildung unserer deutschen Institute unmöglich gemacht hat. Dabei

müssen wir indeß unser heutiges Recht zugleich an die nationale Entwicklung anknüpfen, damit die Theorie nicht eine rein juristische bleibt, der vielleicht morgen wieder eine andere entgegen gesetzt wird. Denn die Aufgabe ist nicht blos, das heutige Recht vom römischen aus zu construiren, so lange dasselbe noch unmittelbar gültig bleibt, sondern vor Allem es auf seine factischen Grundlagen zurückzuführen, von denen es die Reception des römischen künstlich getrennt hat. Sind diese Grundlagen andere als in Rom, so müssen auch die Rechtsformen einen andern Sinn und eine andere Bedeutung haben als die römischen.'[22]

Nicht minder häufig als die Uebertragung von Forderungen erscheint im Verkehr die Uebernahme fremder Schulden. Ein sehr gewöhnlicher Fall ist vor Allem die Uebernahme von Hypothekenschulden durch den Käufer einer Liegenschaft. Aber auch im Geschäftsverkehr, wie beim Erwerb einer Handlung oder Fabrik, gehen mit den Activen zugleich die Passiva auf den neuen Erwerber über. Von einer einseitigen Uebertragung derselben von Schuldner auf Schuldner kann natürlich keine Rede sein, weil die Person des Schuldners für die Obligation viel wichtiger ist als die des Gläubigers. Die letztere ändert am objectiven Werth der Obligation nichts ab, wogegen dieser selbst bei Hypothekenschulden wenigstens in zweiter Linie durch den persönlichen Credit des Schuldners mit bedingt wird. Darum kennt das moderne Recht im Inhaberpapier sogar eine Form von Obligationen, bei welcher der Gläubiger vollkommen unbestimmt bleibt, während ein Inhaberpapier im passiven Sinn ein Unding wäre. Der Schuldner muß sich also den Erwerb der Forderung durch einen zweiten, dritten Gläubiger gefallen lassen, er erscheint gleichsam als Pertinenz derselben und geht an sie gebunden mit ihr aus einer Hand in die andere. Bei der Uebertragung einer Schuld dagegen behält die persönliche Seite der Obligation ihre Bedeutung, der Gläubiger hat nur dem ersten Schuldner creditirt, ohne seinen Consens ist daher keine Uebertragung möglich, wenigstens muß der frühere Schuldner verpflichtet bleiben, bis ihn der Gläubiger befreit. Das römische Recht ist deshalb für diesen Fall mit Fug und Recht bei dem Erforderniß

einer Novation geblieben, das heißt die alte Obligation wird getilgt und durch Stipulation des Gläubigers eine neue an ihre Stelle gesetzt. Für die römischen Verhältnisse stellte sich damit ein ganz befriedigender Rechtszustand heraus, da es einen eigentlichen Capitalverkehr in unserm Sinn nicht gab. Wenn wir nun auch der Novation einen formlosen Vertrag und der Stipulation die bloße Zustimmung des Gläubigers zu dem zwischen Schuldner und Uebernehmer geschlossenen Vertrag substituiren, so reicht der Gesichtspunkt der Novation doch nicht aus, um alle dabei sich ergebenden Rechtsverhältnisse, insbesondere das des Gläubigers zum Uebernehmer vor erfolgter Einwilligung, zu entscheiden.

Gerade hier liegt ein Fall vor, wo die Reception des römischen Rechts störend auf unsern Capitalverkehr eingewirkt hat und die mangelnde Fortbildung des einheimischen Rechts besonders empfindlich geworden ist. Denn zu der Zeit als das fremde Recht Aufnahme fand, bewegte sich unser Capitalverkehr noch in den Formen des Rentenkaufs oder des Immobiliarsachenrechts. Ob die Wissenschaft für sich allein im Stande ist, die Mängel des heutigen Rechtszustandes zu beseitigen und zu einer allen Anforderungen des Lebens genügenden Theorie zu gelangen, möchte fast bezweifelt werden, wenn man die verschiedenen sich widersprechenden Constructionsversuche der Doctrin mit einander vergleicht. Vielleicht wäre es am zweckmäßigsten, auf den Unterschied zwischen immobilen oder speciell grundversicherten und gewöhnlichen Verkehrsschulden zurückzukommen und für die erstern den Standpunkt des deutschen Rechts, für die letztern den des römischen festzuhalten. Daß es ein Bedürfniß des modernen Lebens ist, „dem Verkehr mit Schulden den Vorzug eines erkennbaren Successionsacts zu erhalten", soll damit durchaus nicht geläugnet werden.

Wie man das Verhältniß bezeichnen will, ob als Singularsuccession in die Schuld, oder in herkömmlicher Weise als Novation, ist unwesentlich, da mit dem Namen noch nichts gewonnen ist. Sieht man auf das Wesen der Sache, so liegt unseren Begriffen die erstere Auffassung jedenfalls näher. Denn der bloße Wechsel des Schuldners, auf den sich in der Regel die Ueber-

tragung oder Uebernahme beschränkt, qualificirt das Verhältniß noch nicht als „Neuerung", da es sich eben wenn nichts Besonderes verabredet ist, lediglich um den Eintritt in ein bestehendes Schuldverhältniß, nicht um die Begründung eines neuen handelt. Der eintretende Schuldner erscheint als Nachfolger des ausscheidenden und übernimmt die Schuld gerade so wie sie der vorige hatte.[123]

Mit der Beschränkung der Uebertragbarkeit hängt zugleich der Mangel einer freien Stellvertretung im römischen Obligationenrecht zusammen. Ursprünglich hat dasselbe gar keine Stellvertretung gekannt, weder bei dem Abschluß von Verträgen noch bei deren Geltendmachung im Prozeß. Davon machte vielleicht nur der Vinder eine Ausnahme, welcher bei der Vorladung für den Schuldner eintreten, oder wenn es zur Execution gekommen war, ihn mit Gefahr der Verurtheilung auf das Doppelte vertheidigen konnte. Auf der Seite des Gläubigers gab es kein anderes Mittel, um eine Schuld durch einen Stellvertreter einklagen oder an ihn zahlen zu lassen, als die Zuziehung eines Adstipulator, der eben nicht als Stellvertreter, sondern als (accessorischer) Correalgläubiger galt. Beim Abschluß von Verträgen aber war eine Vertretung weder auf Seiten des Gläubigers noch des Schuldners möglich, nur die Contrahenten selbst wurden berechtigt und verpflichtet; die Stipulation für oder von einem Dritten war schlechthin ungültig, so daß weder der Dritte, noch die Contrahenten obligirt wurden. So lange der römische Verkehr sich auf das Stadtgebiet beschränkte, war dies ebenso natürlich als der Rechtssicherheit förderlich, um so mehr als der größte Theil des Verkehrs durch die Hände der Sclaven ging, deren Erwerbsfähigkeit zu Gunsten des Herren dem Bedürfniß einer Stellvertretung in ausreichender Weise abhalf. Freie Stellvertreter dagegen gab es nicht, und ebenso wenig konnten Sclaven ihren Herren gültig verpflichten; nur in gewissen Fällen ward dem Erwerb gegenüber billiger Weise auch eine Verpflichtung durch Sclaven angenommen (actio exercitoria, institoria, de peculio, tributoria, quod iussu, de in rem verso). Allein für die spätere Zeit erwies sich diese Aushülfe als unzulänglich, und mit dem weitern Fortschritt des Formularprozesses wurde nicht bloß im

Prozeß, sondern auch im Verkehr eine eigentliche Stellvertretung zugelassen, immer jedoch nur so, daß zunächst der stellvertretende Contrahent berechtigt und verpflichtet blieb, auf den Vertretenen die Forderung oder Schuld erst durch Umstellung der Formel übertragen werden mußte. Die freie Stellvertretung aber in unserm Sinn, wonach der Vertreter, der im Namen eines Andern contrahirt, für sich gar nicht berechtigt oder verpflichtet wird, ist den Römern unbekannt geblieben. Savigny und mit ihm Andere haben freilich die Ansicht aufgestellt, daß für die formlosen Geschäfte zuletzt auch im römischen Recht eine solche anerkannt worden sei, doch ist ein vollgültiger Beweis dafür nicht zu erbringen.[124] Vielleicht ist nur eine deutschrechtliche Anschauung in das römische Recht übertragen, um einem modernen Verkehrsbedürfniß, das in zahllosen Fällen eine Stellvertretung ohne eigne Verpflichtung des Vertreters fordert und zuläßt, einen rechtlichen Ausdruck zu verschaffen. So könnten zum Beispiel um nur an Eins zu erinnern alle Verträge, welche durch Handelsreisende vermittelt werden, gar nicht direct auf das vertretene Haus abgeschlossen werden, wenn es keine freie Stellvertretung gäbe.

Dem deutschen Recht ist die Beschränkung von Anfang an fremd. Wie man eine Leihe oder ein Zinsrecht als Vertreter für einen Andern auflassen oder erwerben konnte, so konnte man in dessen Namen und für dessen Rechnung überhaupt Verträge abschließen, sobald man es nur beim Abschluß zu erkennen gab. In diesem Sinne sind schon die Grundsätze des kanonischen Rechts, die dasselbe im Gegensatz zum römischen aufstellt, als Zeugniß für die deutsche Auffassung anzusehen. Der Contrahent, der sich mit einem Vertreter einließ, hatte allerdings darauf zu achten, daß der Vertreter wirklich ein solcher sei: „ein Jeder sehe, wem er seines Guts was leihe," sagt das lübische Recht; der Handelsherr aber mußte umgekehrt für seine Leute einstehen, ein Grundsatz, der noch jetzt in jedem soliden Handelsgeschäft selbst über die Grenze der rechtlichen Verpflichtung hinaus gehandhabt wird und der auch im römischen Recht wenigstens zur Zulassung der actio institoria führte.[125] Die freien Stellvertreter, mittelst deren unser Handel

seine heutige Ausdehnung gewonnen hat, haben also eine ganz ähnliche Bedeutung, wie in Rom die Sclaven, die ja ebenfalls durch die Contracte, welche sie abschlossen, weder selbst berechtigt noch verpflichtet wurden; wollte man sie verwerfen, so käme man zu dem verkehrten Ergebniß, daß unser Handel der freien Stellvertretung entbehren müßte, während sie in Rom durch die Sclaven möglich war. Wir haben indeß das Princip per liberas personas non acquiritur gar nicht gekannt, und es war deshalb von vornherein möglich, so mit einander zu contrahiren, daß nur der Vertretene, nicht der Vertreter obligirt wurde.

Der absolute Charakter, der dem römischen Obligationenrecht eigen ist, zeigt sich endlich auch in vielen Einzelnheiten der Theorie. Es sei hier nur auf Einen Punkt aufmerksam gemacht, die Behandlung der Fahrlässigkeit bei bestehenden Obligationsverhältnissen. So fein dieselbe durchgeführt ist, so sagen uns doch die allgemeinen Maße, von denen das Recht dabei ausgeht, so wenig zu wie zum Beispiel die Art der römischen Verwandtschaftsberechnung. Allerdings fehlt es dem deutschen Recht an der Durchbildung allgemeiner Grundsätze, wie wir aus der unendlichen Menge specieller Bestimmungen sehen. Aber der Unterschied läßt sich wenigstens nicht allein darauf zurückführen, vielmehr erscheinen in der Mannigfaltigkeit dieser Bestimmungen gewisse Regeln, die eben in der Methode der Behandlung entschieden vom römischen Recht abweichen. Bekanntlich stellt dieses für den Grad von Sorgfalt, wofür in den verschiedenen Obligationsverhältnissen gehaftet werden muß, abstracte Maßstäbe auf. Arglist und Zufall werden zunächst ausgeschieden; für jene wird immer, für diesen ohne besondern Grund niemals gehaftet. Es bleibt also nur das Mittelding übrig, die Fahrlässigkeit oder Schuld, mag sie nun in einem Thun oder Unterlassen bestehen, so zum Beispiel daß man Waaren der Nässe aussetzt, ein Thier nicht gehörig füttert, anvertraute Sachen sich stehlen läßt. Dabei werden zwei Stufen unterschieden: grobe Schuld, wenn die gewöhnliche Vorsicht außer Acht gelassen (quod omnes intelligunt), und geringe, wenn die Sorgfalt eines achtsamen Hausvaters (diligentia patris familias) verletzt wird. Also zwei objective Maß-

stäbe, die an sich allerdings sehr zweckmäßig und natürlich scheinen. Nur ausnahmsweis wird ein subjectiver zugelassen, indem in einzelnen Fällen der Schuldner zwar für jedes Versehen haftet, also die Sorgfalt eines achtsamen Hausvaters zu prästiren hat, sich aber durch den Beweis befreien kann, daß er bei seinen eigenen Sachen nicht sorgfältiger verfahre.

Die Anwendung dieser Maßstäbe auf die verschiedenen Obligationsverhältnisse erfolgt dann so, daß nach der Natur und dem Zweck der letztern bald die strengere, bald eine mildere Haftpflicht vorgeschrieben ist.[126] Das Alles ist nun so einfach und scheint auf den ersten Blick so einleuchtend, daß man glaubt, es könne gar nicht anders sein. Hinterher entsteht jedoch die praktische Schwierigkeit, die speciellen Fälle von Fahrlässigkeit der einen oder andern Kategorie unterzuordnen und namentlich das geringe Versehen vom Zufall zu unterscheiden, mit andern Worten, die abstracten Maße auf das concrete Leben anzuwenden. Welches ist denn die Sorgfalt eines gewöhnlichen Menschen, welches die eines achtsamen Hausvaters? Und hätte nicht in den meisten Fällen, wo ein Verlust eintritt, dieser durch größere Sorgfalt verhütet werden können? Wenn Thiere umkommen oder Schaden nehmen, Sachen verbrennen, verderben, verloren gehen oder gestohlen werden, so kann dies in jedem Fall bei mehr oder weniger Sorgfalt geschehen, und selbst wenn der Verlust ein zufälliger ist, wird er in der Regel zugleich durch Mangel an Vorsicht mit veranlaßt sein. Der Eine ist in diesen, der Zweite in jenen, ein Dritter wieder in andern Dingen sorgfältiger; ein Kaufmann weiß besser mit Waaren, ein Bauer besser mit Vieh umzugehen; und was die Einsicht eines gewöhnlichen Menschen anlangt, so ist gerade diese so verschieden, daß sie im einen Fall hart an die Grenze der Arglist streifen, und im andern auch einmal größer sein kann als die eines achtsamen Hausvaters. Der abstracte Maßstab muß also jedesmal erst ermittelt und festgestellt werden. Die Theorie sieht sich recht leicht und einfach an, in der Praxis aber hat sie ihre eigenthümlichen Schwierigkeiten und setzt in jedem Fall einen mühsamen Beweis voraus.[127] Das hat das römische Recht wohl selbst gefühlt, indem es für

gewisse Fälle (bei Vormündern, Eheleuten und Gesellschaftern) eine andere Bestimmung gelten läßt. Was aber für diese ausgesprochenes Recht war, möchte sich im Wege des Beweisverfahrens vielleicht auch in andern als Ergebniß herausgestellt haben.

Das deutsche Recht ist den umgekehrten Weg gegangen. Es unterscheidet nur zwischen Schuld und Zufall, läßt aber für Schuld unbedingt haften. Die Strenge dieses Grundsatzes wurde durch das Beweisrecht des Beklagten gemildert, wonach derselbe, wenn er sich von Schuld frei wußte, einfach seine Unschuld beschwören konnte. Spätere Rechtsquellen lassen wohl auch je nach dem Verhalten des Beklagten in eignen Sachen eine Präsumtion für oder gegen ihn eintreten. Doch blieb im Allgemeinen der ältere strenge Grundsatz in Kraft, und viele Rechtsquellen stellen sogar die Regel auf, daß man bei fremden Sachen sorgfältiger sein müsse als bei eignen.[128] Da aber wo der Vortheil auf Seiten des Empfängers ist, wie beim Commodatar oder Pfandgläubiger, oder wo der Empfänger für die Aufbewahrung oder Besorgung bezahlt wird, wie der Commissionar, Spediteur, Wirth, Fuhrmann, Schiffer, Dienstbote, Handwerker, Hirt, geht geradezu die Gefahr auf ihn über und er verliert selbst den Unschuldseid, es sei denn der Zufall derart, daß es nicht in seiner Macht stand, ihn zu verhüten, wie zum Beispiel bei der Beraubung durch Feinde oder dem „gemeinen Tod" des Viehes. Die Quellen enthalten dabei oft eine sehr ins Einzelne gehende Casuistik, sie unterscheiden keine besondern Arten oder Grade der Schuld, sondern zählen die Verlustfälle selbst auf (gewöhnlich Diebstahl, Raub, Brand, Sterben) und bestimmen dann, wie und für welche Fälle in den einzelnen Vertragsverhältnissen gehaftet werden muß. Trotz dieser scheinbar principlosen Bestimmung, die in das entgegengesetzte Extrem umschlägt, Alles von den relativen Beziehungen des einzelnen Falls und der Umstände abhängig zu machen, sind doch gewisse Grundgedanken nicht zu verkennen, und wenn wir ihnen einen präcisen Ausdruck geben, verdienen sie in der That vor den römischen den Vorzug. Beide Rechte bieten zwar vielfache Analogien, allein im Allgemeinen ist die Haftpflicht nach deutschem Recht eine strengere. Das zeigt sich

namentlich darin, daß das römische die Haftung für Diebstahl regelmäßig ausschließt, während sie im deutschen Statt hat. Ja einzelne Quellen gehen soweit, daß sie selbst die, welche die unentgeldliche Bewahrung von Sachen übernommen haben, für den Diebstahl haften lassen; der Schwabenspiegel verpflichtet wenigstens den Depositar, die fremden Sachen besser zu bewahren als die eignen. Da nun aber bei Mobilien, die allein Gegenstand des Handelsverkehrs sind, der Verlust durch Diebstahl gerade der häufigste ist, so wird in den meisten Fällen auch das Ergebniß ein verschiedenes sein, je nachdem römisches oder deutsches Recht zur Anwendung kommt.[129]

Für das deutsche Recht folgte die strengere Haftpflicht zum Theil schon aus einer Consequenz der Grundsätze über die Eigenthumsklage. Denn der Eigenthümer, der sein Gut einem Andern anvertraut, verliert damit den Anfang, es ist also billig, daß der Empfänger ihm auch für den Diebstahl haftet, da er allein das Recht hat, den Dieb zu verfolgen.[130] Dazu kommt im heutigen Handelsverkehr noch ein praktisches Bedürfniß, so daß die Regel „Hand muß Hand wahren" eher umgekehrt als Folge der strengern Haftpflicht erscheint. Denn wollte man die Haftung nur bei eigentlicher Fahrlässigkeit eintreten lassen, so würde kaum ein Prozeß ohne die langwierigste Beweisführung ablaufen, ein Nachtheil, der im Handel doppelt empfindlich ist. Der Frachtführer, Speditor oder Commissionar soll eben für jeden Zufall einstehen, der durch seine Sorgfalt zu vermeiden war, und dahin gehört gerade der Verlust durch Diebstahl. Die römischen Grundsätze haben freilich die strengere Haftpflicht des deutschen Rechts vielfach verdrängt. Allein diese hat in Gestalt der culpa levissima nicht bloß in Particularrechten, sondern lange Zeit auch in der Praxis ihren Ausdruck gefunden. Wie in unzähligen anderen Fällen beruhte die falsche Theorie weniger auf Unkenntniß, als auf absichtlicher Modification des fremden Rechts. Es war nichts weiter als deutsches Recht, was sich dahinter versteckte.

Eine Reihe weiterer Mängel und Lücken des römischen Obligationenrechts ergiebt sich aus den Beschränkungen des römischen

Lebens. Wie den Römern überhaupt, so fehlte auch den klassischen Juristen das höhere wirthschaftliche Bewußtsein. Die wichtigsten wirthschaftlichen Begriffe sind daher im römischen Recht zum Theil gar nicht, zum Theil einseitig oder unvollständig erkannt worden, nicht anders als sie das Leben selbst zur Entwicklung gebracht hatte. So ist die berühmte Definition, die Paulus vom Geld giebt, zwar nicht geradezu unrichtig, wohl aber einseitig und mangelhaft. Er hebt nur seine Eigenschaft als Tauschmittel, nicht die als Werthmesser hervor und legt das Hauptgewicht statt auf den innern Werth der Edelmetalle auf die Präge des Staats. Man könnte sagen, er definire die Münze, nicht eigentlich das Geld. Und doch ruht die Bedeutung, welche das Geld als allgemeines Tauschmittel hat, zunächst nicht auf dem Werthausdruck, den ihm der Staat giebt, sondern auf dem reellen Werth des Stoffes, aus dem es geprägt wird, nicht auf der forma publica, sondern der substantia, die Paulus beinah als gleichgültig zu behandeln scheint. Erst diese macht es zur allgemein willkommenen Waare, zum vollständig brauchbaren Tauschmittel. Was Werthe messen soll, muß nothwendig selbst Werth haben, gerade so wie ein Längen- oder Hohlmaß räumliche Ausdehnung, ein Gewichtsmaß Schwere haben muß. Das ächte Geld, dem alle Eigenschaften desselben zukommen sollen, kann daher nur Metallgeld sein. Darum kann der Staat den innern Werth wohl beglaubigen, und je gewissenhafter er dies thut, desto leichter wird das von ihm geschlagene Geld seine Bestimmung als Tauschmittel erreichen, aber er kann nie einem an sich werthlosen Stoff durch die bloße Präge, selbst wenn er es durch Zwangscurs oder andere gesetzliche Vorschriften erzwingen wollte, wirklichen Werth beilegen. Surrogate kann er im Papiergeld schaffen so gut wie Banknoten oder Wechsel solche sind, allein es bleiben immer Surrogate, die nur als Tauschmittel, nicht als Werthmesser in Betracht kommen und nie weiter reichen als der Credit ihres Ausstellers. Auch ihre Umlaufsfähigkeit ist wesentlich durch die Einlösbarkeit bedingt.

Der römische Jurist dagegen kennt nur die eine Eigenschaft, das Geld als Tauschmittel, und diese führt er vom römischen

Standpunkt aus nicht unrichtig auf die gesetzliche Werthbezeichnung zurück (publica aestimatio aequalitate quantitatis); daß das Geld zugleich Repräsentant productiver Güter ist und als solcher nicht bloß Werthe mißt und überträgt, sondern selbst wieder erzeugt, davon weiß er nichts: so wenig als das römische Leben im Grunde etwas davon gewußt hat. Der mangelhaften Definition entsprechend finden wir daher auch die Unterschiede von Nennwerth, Metall- und Curswerth nicht entwickelt, von dem Tausch- oder Sachwerth des Geldes, der wieder seinen eignen Gesetzen folgt, gar nicht zu reden.[131]

Auch der wirthschaftliche Begriff der Arbeit hat den Römern gefehlt. Zur Bezeichnung desselben dient ihnen nicht sowohl das stammverwandte labor wie der Pluralbegriff operae, der technisch die Sclavenarbeit bedeutet (servitus operarum), eben weil jede rein körperliche Arbeit als knechtisch galt. Die Sclaverei ließ den wichtigsten productiven Factor vollkommen unentwickelt: seine Geschichte ist gerade die umgekehrte wie bei uns. Während in Rom später die Sclaverei verschärft und selbst ein großer Theil der geistigen Arbeit eine knechtische ward, ist bei uns alle Arbeit mit der Zeit eine freie geworden und hat damit selbst die körperliche geadelt. Die Emancipation des Handwerks vom Grundbesitz und die steigende Bodencultur haben uns die Leibeigenschaft vollständig überwinden lassen: die freie Arbeit, die sich zuerst in den Städten ausbildete, hat sich von dort dem Land mitgetheilt und ist schließlich auch auf die Bauernarbeit übertragen, von wo der Begriff überhaupt ausgegangen war. Denn er bezieht sich zunächst auch bei uns auf Feldarbeit und zwar auf knechtische so gut als in Rom, erst allmählich kam er in einem weitern Sinn in Gebrauch, in demselben Maaß, in welchem die übrigen nationalen Erwerbszweige sich entwickelten. Alle unsere wirthschaftlichen Grundbegriffe führen auf den Ackerbau zurück und deuten damit an, daß unsere gesammte Cultur, genau wie das Wort es ausdrückt, auf einer consequent fortgesetzten Steigerung der Bodenwirthschaft beruht. Dagegen kennt die römische Geschichte weder eine wachsende Intensität des Ackerbaues noch ein selbständiges freies Gewerbe; zu der Zeit als

die Geldwirthschaft durchdrang, gerieth der Ackerbau wieder in Verfall, das Handwerk aber war noch unausgebildet, so daß kein neuer bürgerlicher Mittelstand an die Stelle des alten bäuerlichen treten konnte.[132]

Ebenso wenig haben die Römer ein Wort für Capital in unserm Sinn. Caput und sors stehen im Gegensatz zum Zins und bezeichnen nur ein Geldcapital, während der wirthschaftliche Begriff unendlich viel allgemeiner ist. Geht das Capital erst aus der Arbeit hervor, so war es indeß eine einfache Folge, daß in demselben Verhältniß, in welchem der productive Factor der Arbeit sich nicht entwickelte, auch die Entwicklung des Capitalbegriffs einseitig und mangelhaft blieb. Der Handel und Geldverkehr ging nicht aus dem natürlichen Gegensatz von Stadt und Land, aus steigender Arbeitstheilung und vermehrter Production in Landwirthschaft und Industrie hervor, sondern aus äußern Veranlassungen, vor Allem dem Wachsthum des römischen Reichs und der Ausplünderung der Provinzen, er stand dem Ackerbau feindselig gegenüber und trug zu seinem Verfall bei, statt ihn zu fördern und zu heben. Dies unnatürliche Verhältniß findet sich auch im Recht angedeutet, in der Art, wie die Obligation als etwas Selbständiges dem Eigenthum gegenüber steht. Daraus erklärt sich zugleich, weshalb die Römer nicht zum Begriff eines directen Zinsdarlehns kamen, eben weil sie die productive Kraft des Capitals nicht kennen lernten. Man möchte fast sagen, daß sie nur einen Discont, keinen eigentlichen Zins gehabt hätten. So blieb das Darlehn bis auf die spätesten Zeiten eine einseitige Geldforderung, wobei man wohl durch Stipulation oder andere Mittel Zinsen erlangen konnte, die unmittelbare Productivität des geliehenen Geldes und darum die Zweiseitigkeit des Geschäfts aber übersah. Denn unsere wirthschaftliche Cultur geht überall von der Möglichkeit einer productiven Capitalanlage aus. Das Geld, welches den Uebertrag des Capitals vermittelt, wird allerdings Eigenthum des Schuldners, das Capital selbst aber bleibt ein geliehenes oder nach unsern Begriffen Eigenthum des Gläubigers, und für die Benutzung, die er dem Schuldner überläßt, muß dieser den Zins zahlen. Damit

hängt es ferner zusammen, daß wir die Cession unter den Gesichtspunkt eines Kaufs (Tausch, Schenkung u. s. f.) bringen, wobei die abgetretene Forderung so gut wie jede andere Waare als Species aufgefaßt wird. Nur das vermittelnde Geld stellt sich als Genus oder als abstractes Eigenthum dar, das geliehene Capital aber ist concretes, durch die Bedingungen der Leihe, Sicherheit der Anlage, Zinsfuß u. s. f. in jedem Fall besonders bestimmt. Und wo dem Gläubiger zugleich eine Hypothek bestellt wird, bleibt er bis zur Höhe des geliehenen Capitals in gewissem Sinn sogar Eigenthümer der Capitalverwendung, mag nun die Anlage zum Nutzen des verpfändeten Objects oder eines andern geschehen. Denn von Nothfällen abgesehen erfolgt die Anlage doch regelmäßig zum Nutzen des verschuldeten Vermögens überhaupt. Daß der Gläubiger sein Capital nicht vindiciren, sondern nur mit der Darlehnsklage zurückfordern kann, folgt lediglich aus der Natur des Objects, welches die Leihe vermittelt: wie es dem Schuldner einerlei ist, was für einzelne Geldstücke er empfängt, so ist es dem Gläubiger einerlei, mit welchen er sein Eigenthum wieder erlangt. Wenn daher die Römer nur den Eigenthumsübergang des Geldes betonen und an die Stelle der verlornen Vindication eine einseitige Condiction setzen, so zeigt dies eben, wie ihnen die Hauptsache, der Capitalgebrauch, nicht zum Bewußtsein kam. Aber es war auch im Leben nicht anders. Denn die Darlehne, die in Rom aufgenommen wurden, haben von den ältesten Zeiten her regelmäßig den Schuldner und seine Familie zu Grunde gerichtet, während bei uns das fremde Capital den Schuldnern aufgeholfen hat. Zweimal ist dies in großartigem Maß für ganze Stände der Fall gewesen, wenn auch zuerst in Form einer weitern Belastung des Grund und Bodens: im Mittelalter für die Bürger der Städte, und in der Gegenwart für den Bauernstand. In beiden Fällen hat das fremde Capital zur Befreiung dieser Stände von persönlicher Abhängigkeit und zu ihrem ökonomischen Aufschwung gedient, bis endlich das Eigenthum wieder vollständig entlastet werden konnte. Dieselben Lasten, die später der Ablösung anheim fielen, haben ursprünglich höchst segensreich gewirkt, indem sie zur Milderung der Leibeigen-

schaft oder zur Befruchtung des Bodens beitrugen. Das zeigt sich am deutlichsten an der Rente, die wegen eines erkauften Capitals in ein Grundstück radicirt oder auf die Besserung gelegt wird. Ein Gegensatz zwischen Eigenthum und Obligation konnte deshalb gar nicht entstehen, auch die Obligation oder das Capital fiel unter den Begriff des erstern, da sie dem Gläubiger ein dingliches Recht an der belasteten Sache verschaffte. Der Uebergang vom Einen zum Andern erfolgte nur durch die lebhaftere Bewegung des Rent- und Capitalverkehrs, welche die Rente zum Zins im heutigen Sinn, das Capital zum Darlehn machte. Wie darum im römischen Leben Ackerbau und Handel, Eigenthum und Obligation einander gegenüber stehen, so erscheinen bei uns beide in ihrer natürlichen Verbindung, und in der Rente, die ja ursprünglich geradezu gleichbedeutend mit „Geld" gebraucht wurde, als abstracte Nutzwerthe verkörpert.[133]

So haben die Römer endlich auch den Begriff des Credits in unserm Sinn nicht gehabt. Sie kennen von Haus aus nur den persönlichen, nicht den Realcredit, während sich bei uns umgekehrt jener erst aus dem letztern entwickelt hat. Aller Credit ruht schließlich auf der Productivität von Arbeit und Capital, mit andern Worten auf der Möglichkeit, daß der Schuldner mit dem creditirten Gut mehr gewinne als der Gläubiger. Deshalb kommt bei dem persönlichen Credit zugleich das Vermögen, bei dem Realcredit wenigstens in zweiter Linie auch die Person des Schuldners in Betracht, wenngleich die Sicherheit dort zunächst in der Person, hier im verpfändeten Object gefunden wird. Beide Arten des Credits dienen besondern Zwecken, der persönliche ohne specielle Unterpfänder mehr für umlaufende, der reale mit solchen mehr für stehende Capitale. Jener dient vorzugsweise dem Handel, dieser dem Ackerbau, beide der Industrie, je nachdem in den verschiedenen Productionszweigen mehr das umlaufende oder das stehende Capital überwiegt. Ein gesunder Personalcredit aber ist nicht ohne ausgebildeten Realcredit denkbar, weil ein blühender Handel stets einen blühenden Ackerbau und Gewerbfleiß voraussetzt. Fehlte es nun in Rom seit dem Verfall des Ackerbaus an aller eigentlichen Production, so konnte sich auch kein eigentlicher Credit ausbilden.

Daher haben die Römer so wenig ein Wort für Credit wie für Capital oder Zins in der heutigen Bedeutung. Fides, persönliches Vertrauen, Glaube, kann nicht von Sachen gebraucht werden und bezeichnet bloß die subjective Seite des Verhältnisses, nicht die objective, die den Credit erst begründet.[131] Der Grund liegt wieder darin, daß sich ihr Credit lediglich im Handel und Geldverkehr ausgebildet hat, wobei naturgemäß der persönliche überwiegt. Im Mittelalter dagegen hat es lange Zeit nur einen Realcredit und keinen persönlichen gegeben; das Wort Credit ist erst aus der italienischen Kaufmannssprache herübergenommen. Freilich wird dies oft für einen besonderen Mangel unserer Entwicklung ausgegeben. Allein es kann das nur geschehn, wenn man den Maßstab der frühreifen römischen Entwicklung anlegt und die Bedeutung des Realcredits verkennt. Denn diese liegt eben darin, durch Verbindung des Capitals mit dem Boden beide ungleich productiver zu machen, als sie für sich allein sind. Ein Bauer, der zwei Güter im Werth von je zehntausend hat und zehntausend braucht, um durch Entwässerung oder sonstige Anlagen den Ertrag der Güter zu verdoppeln, wäre sicherlich ein Narr, wenn er statt zehntausend aufzunehmen das eine Gut verkaufen wollte. Nicht ein Mangel, sondern der größte Segen war es, daß wir zuerst den im Boden ruhenden Credit entfaltet haben, ehe wir vorzeitig zu einem Personalcredit gelangten. Jedes fremde Capital, womit der Boden befruchtet wurde, erhöhte den Credit des letztern, weil es regelmäßig zur Besserung diente, und der folgende Rentenkäufer, der Capital hergab, verstärkte wieder die Sicherheit der frühern, weil das neue Capital abermals im Boden angelegt wurde, ein Creditsystem, das in dieser Art an Festigkeit nirgends seines Gleichen hat.[135] Als später die Capitalbewegung lebhafter und namentlich der Uebertrag aus einem Productionszweig in den andern häufiger wurde, änderte sich das zwar, denn das fremde Capital konnte jetzt ebensogut zur Gründung eines Handelsgeschäfts oder einer Manufactur benutzt werden, allein das Erforderniß, dem Gläubiger ein bestimmtes Object für seinen Zins anzuweisen, blieb für die eigentliche Capitalaufnahme bestehen, und der Uebergang des

Rentenkaufs zum kündbaren Darlehn erfolgte so allmählich, daß das letztere noch lange Zeit als fingirter Rentenkauf, das heißt als bleibender Capitalübertrag auf das rentpflichtig werdende Grundstück erscheint. Also der Rentenkauf war nicht, wie man früher wohl gemeint hat, ein fingirtes Darlehn, um die Zinsverbote des kanonischen Rechts zu umgehen, sondern das Darlehn wurde nach der Reception des römischen Rechts zuerst umgekehrt noch als fingirter Rentenkauf behandelt. Natürlich lernte der Handel bald auch einen Darlehnsverkehr ohne Realsicherheit kennen, und in diesem Fall wurde nur auf die allgemeinen Vermögensverhältnisse des Schuldners hin creditirt. Für das Anlagecapital aber dauerte in allen Productionszweigen das System dinglicher Unterpfänder mit specieller Belastung und gerichtlicher Auflassung unverändert fort. Und so ist bis auf den heutigen Tag ein fester Realcredit die Grundlage unseres wirthschaftlichen Lebens geblieben und wird es bleiben, so lange dasselbe ein gesundes bleibt. Ein Personalcredit ohne ihn ist wie ein Gebäude ohne Fundament.

Fassen wir den Gegensatz des römischen und deutschen Lebens noch einmal zusammen, so läßt er sich kurz dahin formuliren, daß dem erstern die freie Arbeit und die naturgemäße Verbindung des Handels mit dem Ackerbau und Handwerk gefehlt hat. Gerade daraus ergaben sich bei uns eine Menge der fruchtbarsten Verbindungen zwischen Arbeit und Capital auf der einen, und dem Grundbesitz auf der andern Seite. Diese kehren auch in den Rechtsinstituten des Mittelalters wieder, die man so gern im Vergleich zu den römischen als unvollkommen darstellt und auf denen doch unsere ganze moderne Cultur beruht: Lehen und Leihe, Grundzins und Rente, das Unterpfand oder die jüngere Satzung, der Verkehr mit Gültbriefen u. s. f. Alle diese Institute sind dem römischen Recht unbekannt, weil der Uebergang von der Natural- zur Geldwirthschaft ein so rascher und plötzlicher, die Ausbildung des Handels- und Geldverkehrs eine so einseitige und krankhafte war, daß der Inhalt der frühern Culturstufe nicht zu voller Entfaltung kam. Allerdings sind unsere Institute in ihren mittelalterlichen Formen überwunden und vergangen. Dennoch aber ruht unser heutiges

Obligationenrecht wesentlich auf ihnen mit, und es ist ein vollständiger Irrthum, wenn man meint, dasselbe könnte im römischen je seinen adäquaten Ausdruck finden. Selbst durch das Medium des römischen Rechts hindurch wirken die nationalen Anschauungen und Begriffe fort. Unsere Geld- und Creditwirthschaft sind ganz anderer Art, als sie in Rom waren, und ihre Anknüpfungspunkte liegen nicht in den Instituten des römischen, sondern in denen des deutschen Rechts. So sehr das wirthschaftliche Leben im Mittelalter hinter dem der Römer zurückgeblieben ist, so sehr hat unser heutiges das römische überflügelt und dazu haben gerade die ältern Lebens- und Rechtsinstitute den Grund gelegt. Deshalb kennt denn auch das moderne Handelsrecht eine Menge von Instituten, für die es im römischen Recht zum Theil an jeder Analogie fehlt, während ihre Wurzeln im ältern deutschen leicht nachzuweisen sind. Sie führen sämmtlich auf unsere höhere wirthschaftliche Cultur, unser gesteigertes Verkehrsleben und die mannigfachen Mittel desselben zurück, die den Römern unbekannt waren: so der Commissions- und Speditionshandel, das Agenturgeschäft, der Lieferungskauf, die Ausgleichung kaufmännischer Forderungen durch Scontration, der Wechsel in seinen verschiedenen Arten, das Papiergeld, die Banknoten und Inhaberpapiere, die Obligationen mit Realsicherheit, der Handel mit Staatspapieren und andern Effecten, das moderne Versicherungswesen, Actien- und Commanditgesellschaften u. dgl. mehr. Nicht als ob für alle diese das römische Obligationenrecht schlechthin unanwendbar wäre, aber seine Anwendung kann nicht wie man früher glaubte eine unmittelbare sein, indem man römische Institute aufsucht, nach denen die heutigen beurtheilt werden müßten. Vielmehr sind es immer nur einzelne Sätze des römischen Rechts, die möglicher Weise ganz verschiedenen Instituten desselben angehören, mit deren Hülfe wir die modernen Institute construiren, so daß sie schließlich indirect allerdings an das fremde Recht angelehnt werden, aber nicht so daß man römische geradezu auf sie überträgt. Wir verkennen den gewaltigen Fortschritt nicht, der für das fünfzehnte und sechzehnte Jahrhundert in der Reception des römischen Rechts lag, allein wir dürfen nicht

bei dem materiellen Recht stehen bleiben, wie es als abgeschlossenes uns überliefert ist, wir sollen nur daran lernen, wie wir für unser fortgeschrittenes Leben ein ebenso vortreffliches schaffen, als es seiner Zeit das römische war. Je knechtischer wir dabei an dem fremden Buchstaben festhalten, desto weniger werden wir unserer Aufgabe gewachsen sein, je freier wir verfahren, desto mehr dürfen wir hoffen, den klassischen Juristen ähnlich zu werden. Denn auch sie haben sich nicht mit dem gefundenen Schatz hellenischer Rechtsweisheit begnügt, sondern ihn in freier und nationaler Weise wiedergeboren, wie es der Weltverkehr ihrer Zeit verlangte.

Allerdings ist die Stellung unserer Juristen eine andere als die der römischen war, und die Wissenschaft wird ohne Hülfe der Gesetzgebung schwerlich im Stande sein, den breiten und tiefen Gegensatz auszugleichen, der sich in Folge der Reception zwischen römischem und deutschem Recht nun einmal gebildet hat. Auch ist die Wissenschaft des deutschen Rechts noch weit hinter der romanistischen zurück, und ihre Aufgabe ist um so schwieriger, je weniger ihr Recht hinsichtlich der Form seiner Darstellung mit dem römischen einen Vergleich aushalten kann. Allein die künftige Gesetzgebung, der wir entgegen gehen, wird gerade so gut oder schlecht ausfallen, als es inzwischen der Jurisprudenz gelungen ist, die ihr zugewiesene Aufgabe zu lösen. Denn die Gesetzgebung steht der Wissenschaft nicht feindlich gegenüber, sondern ist auf sie angewiesen und muß sich auf sie stützen; zuletzt sind es doch keine Anderen als die Juristen, von denen die Gesetze gemacht werden.

Drittes Buch.

Das Familien- und Erbrecht.

Erstes Capitel.

Familienrecht.

Im Verkehr mit der Außenwelt erscheinen die Rechtssubjecte zunächst als frei und selbständig, und so haben wir sie bisher betrachtet. Wäre diese Seite die einzige, von der sie zur Sprache kommen, so wäre mit der Darstellung des Sachen- und Obligationenrechts der privatrechtliche Stoff erschöpft, denn alle denkbaren Rechte können sich nur auf Sachen oder auf Handlungen beziehen. Allein die natürliche Ordnung, worin der Mensch lebt, bietet dem Recht noch eine andere Seite der Betrachtung, und von dieser erscheint der Einzelne je zugleich als Glied einer Familie: er ist in Wahrheit nicht so frei und selbständig, wie er als individuelles Rechtssubject scheint. Die Familie bindet die Individuen wieder zu besondern Kreisen zusammen, berührt alle ihre Verhältnisse und darum auch ihr Vermögen. Je stärker und inniger die Familienverbindung ist, desto mehr wird der Einzelne von ihr abhängig bleiben, desto größer wird ihr Einfluß auf das Vermögen sein. Und zwar ist diese Abhängigkeit an sich eine gegenseitige, die Glieder der Familie sind nicht bloß ihrem natürlichen Haupt unterworfen, dem Vater oder Ehemann, sondern dieser ist auch in mannigfacher Weise durch Rücksichten auf seine Angehörigen beschränkt, mag nun die Beschränkung bis zu einer Unterordnung unter die Interessen der Familie gehen oder auf ein Minimum von anerkannten Rechtspflichten beschränkt sein. So bildet das Vermögensrecht in der Familie noch ein weiteres Object des Privatrechts, das wir hier im Zusammenhang mit der nationalen Cultur

zu verfolgen haben, und an dieses schließt sich naturgemäß das Erbrecht an.

Historisch wäre sogar die umgekehrte Ordnung die richtige, wonach zuerst die Familie und dann das Individuum zu behandeln sein würde. Denn überall ist die Familie das Aeltere, das Recht der Individuen das Jüngere, erst davon Abgeleitete. Auf den frühern Culturstufen hat der Einzelne nur als Glied der Familie Rechte, wogegen das Haupt derselben eine zugleich priesterliche und fürstliche Gewalt ausübt. Später ändert sich das, indem zum Theil der Staat an die Stelle der Familie tritt, und die Einzelnen privatrechtlich der Familie gegenüber unabhängiger werden. Bei Nomadenvölkern ist deshalb die patriarchalische Gewalt am stärksten ausgebildet, Ackerbauvölker müssen sie bereits zu Gunsten des Gemeinwesens einschränken, Handelsvölker schreiten zur Auflösung der alten Familienverfassung und zur Anerkennung individueller Selbständigkeit im Privatrecht vor. Darum hat sich die ursprüngliche Bedeutung der Familie bei den Doriern länger als bei den Ioniern, bei den Römern länger als bei den Griechen, und bei den Germanen wieder viel länger als bei den Römern behauptet. Es sind an sich natürliche Fortschritte der Cultur, die nicht nothwendig mit einer Lockerung der Familienbande selbst und einem Verfall der Sitte verbunden zu sein brauchen, bei den vorchristlichen Völkern aber schließlich auch diese Folgen gehabt haben. Zucht und Sitte finden ihren nächsten Halt an der geschlossenen Einheit des Hauses, und so war es begreiflich, daß sie fallen mußten, als das Alterthum diesen Halt verlor und keinen andern an dessen Stelle zu setzen wußte. Damit ist nicht gesagt, daß sich mit den weitern Fortschritten der wirthschaftlichen Cultur die Familie auch bei uns auflösen müßte; nur die große Gefahr, die darin liegt, sollen wir nicht verkennen. Jedenfalls ist die individuelle Selbständigkeit der Einzelnen, wie wir sie jetzt vor uns sehen, nicht der Anfang, sondern erst ein Ergebniß unserer Entwicklung. Der geschichtliche Verlauf führt nicht vom Individuum zur Familie, sondern von der Familie zum Individuum.

Die Familie hat also außer der rechtlichen auch eine politische

und kirchliche Bedeutung. Sie ist wie man gesagt hat Staat und Kirche im Kleinen und stellt in ihrem Kreis die Einheit beider dar. Kirche zunächst, indem die übersinnlichen Beziehungen des Menschen in dem Verhältniß der Kinder zum Vater wie der Frau zum Mann ihr irdisches Abbild finden, und jede Familie wieder eine Gemeinde für sich ist. Aber auch Staat, indem zugleich die menschliche für das Völkerleben gesetzte Ordnung in der Familie vorgebildet ist, und das Verhältniß von Obrigkeit und Unterthanen sich in der häuslichen Ordnung wiederholt. Dasselbe war schon im alten Rom der Fall. Der Cultus der Familie hing mit dem des Staats zusammen, wie die Familie und Gens viel früher in sich einen Staat darstellte, als man an den politischen dachte. Und der conservative Geist der Römer, der sich Jahrhunderte lang im öffentlichen Leben behauptete, ist nicht zum kleinsten Theil aus der alten häuslichen Zucht hervorgegangen. Diese hohe Auffassung der Familie und des Hauses ist allen indogermanischen Völkern eigen und zeigt uns dieselbe noch in einem ganz andern Sinn wie das Eigenthum als etwas Uranfängliches. Sie steht da als ein Zeugniß von der ursprünglichen Identität göttlicher und menschlicher Ordnung.

Dem Privatrecht gehören nur die Vermögensverhältnisse der Familie an: das eheliche Güterrecht, die Stellung des Vaters zum Vermögen der Kinder, die Vormundschaft über Minderjährige und Alle, die ihr Vermögen nicht selbst verwalten können. Was darüber hinausliegt, wie namentlich die persönlichen Beziehungen, fällt entweder gar nicht in's Gebiet des Rechts, oder soweit sie davon ergriffen werden, in's Staats- und Kirchenrecht. Nur insofern berühren sie das Privatrecht mit, als von ihrer eigenthümlichen Gestaltung auch letzteres bedingt ist. Die Art und Weise, wie sich Ehe, väterliche Gewalt, Vormundschaft im Leben der Völker gestalten, ist eine nothwendige Voraussetzung für die entsprechenden Vermögensverhältnisse, aber sie kommt eben darum im Privatrecht nur als solche, nicht um ihrer selbst willen in Betracht. Ein Gesetzbuch mag anders verfahren und aus praktischen Gründen, der Zweckmäßigkeit wegen oder weil es der kirchlichen Ehe eine bürgerliche gegenüberstellt, die persönliche Seite der Verhältnisse mit be-

stimmen, ein streng civilrechtliches System wird eine solche Vermischung disparater Gegenstände verwerfen.

Aus dem Gesagten folgt, daß das Familienrecht zu jeder Zeit und bei jedem Volk vorzugsweise unter der Herrschaft der Sitte steht. Die innere Gesinnung, welche die Beziehungen der Familienglieder zu einander durchdringt, kann niemals vom Recht erzwungen werden. Ja sie steht dem Recht gewissermaßen feindlich gegenüber, sie erträgt keine Eingriffe desselben, denn überall wo es zu solchen kommt ist sie schon vorher gestört und wird es durch den Eingriff des Rechts noch mehr. Das gilt vor Allem von der persönlichen Seite, es gilt aber auch von der vermögensrechtlichen. Nur in der nationalen Sitte findet das Familienleben seinen natürlichen Schutz, nur in ihr das damit verbundene Güterrecht seinen lebendigen Inhalt. Wie fruchtlos der Versuch ist, ein untergegangenes Familienleben durch bloße Gesetze wieder aufzubauen, zeigt uns das Beispiel der römischen Kaiserzeit.

Von den zwei großen Factoren, aus deren Verbindung das Privatrecht hervorgeht, dem sittlichen und wirthschaftlichen Leben, tritt demnach hier besonders das erstere in den Vordergrund. So lange dieses blüht, giebt es auch ein lebendiges Familienrecht, und seine Stärke ruht gerade darin, daß es nicht äußerlich erzwungen zu werden braucht; sobald die Sitte abstirbt, bleiben nur leere Formen zurück, die um so unwirksamer werden, je mehr sich das Recht durch äußere Mittel zu schützen sucht. Das wirthschaftliche Leben äußert dagegen nur einen secundären Einfluß. Allerdings wird die Sitte durch dasselbe mit umgebildet, und es besteht zwischen beiden ein zwar nicht überall sichtbarer, aber doch immerhin merklicher Zusammenhang. Dafür liefert uns eben die Geschichte der alten Völker den Beweis, da bei ihnen regelmäßig der Fortschritt zu entwickeltern Culturstufen zugleich den Verfall der Sitte und die Auflösung der Familie einleitete. Allein Zucht und Sitte sind an und für sich unter allen Formen wirthschaftlicher Cultur möglich, und wenn dieselbe eine gesunde ist, läßt sich gar nicht absehen, warum ein Handelsvolk in sittlicher Hinsicht tiefer stehen sollte als ein ackerbauendes. Die Gefahren vervielfältigen

ſich, aber auch die Gegenmittel. Das zeigt die Geſchichte der modernen Völker, die wenn ſchon einzelne Symptome vielleicht auf einen beginnenden Verfall deuten, im Ganzen doch die alte Reinheit und Strenge ihres Familienlebens bewahrt haben. Gerade die erſten Handelsvölker der Gegenwart zeichnen ſich auch durch ſtrengſte häusliche Zucht aus. Es iſt daher weniger die innere, wie die äußere Seite der Familie, auf welche das wirthſchaftliche Leben einwirkt. Sie wird davon berührt, inſofern ihr äußerer Beſtand, die Art und Weiſe der Haushaltung, weſentlich von der Art und Größe des Vermögens abhängt. Ihre innere Seite aber wird davon zunächſt nicht betroffen, und wenn eine Rückwirkung jener auf dieſe in der That Statt findet, ſo hängt die Auffaſſung nnd Geſtaltung der letztern doch zunächſt von ganz andern Bedingungen ab wie davon, ob das Vermögen in Heerden, Aeckern oder Waaren beſteht. Der Einfluß der wirthſchaftlichen Cultur macht ſich vorwiegend nur im Vermögensrecht der Familie geltend, und auch hier nicht in erſter Linie, ſondern nur mittelbar und indirect. Denn auch das Vermögensrecht hängt vor Allem von der nationalen Sitte ab, wie tief und innig die Beziehungen der Familienglieder zu einander gefaßt werden, wie viel oder wenig ein Volk auf die Einheit des Hauſes oder die Gemeinſchaft der Ehe Werth legt und dergleichen mehr. Dann erſt kommen die wirthſchaftlichen Verhältniſſe mit ihren Einwirkungen hinzu. Daß dem ſo iſt, ſehen wir zum Beiſpiel an der Geſchichte des ehelichen Güterrechts in Rom und bei uns. Während dort unter einfachern Verhältniſſen die Gemeinſchaft des Hauſes und der Ehe größer war als ſpäter, hat ſich bei uns umgekehrt das Syſtem der Gütergemeinſchaft erſt unter den künſtlichen Verhältniſſen der ſpätern Zeit ausgebildet.

Hätte Tacitus tauſend Jahre früher geſchrieben, ſo hätte er die gleiche Reinheit und Strenge, die er dem deutſchen Familienleben nachrühmt, auch dem römiſchen nachrühmen können. Hier wie dort ſteht am Anfang dieſelbe Reinheit und Strenge der Sitte, hier wie dort dieſelbe feſte und geſchloſſene Ordnung des Hauſes. Es iſt ein Irrthum, in Bauſch und Bogen von Gegen-

sätzen des römischen und deutschen Familienrechts zu reden, als ob das erstere von Anfang an das nämliche gewesen wäre wie später. Für das Ende ist der Gegensatz allerdings schneidend genug, allein das Ende enthielt auch so ziemlich das Gegentheil vom Anfang; was sich schließlich als Resultat herausstellte, erscheint nicht sowohl als Unterschied der nationalen Ausgangspunkte wie der geschichtlichen Entwicklung. Das altrömische Leben athmet die gleiche Tiefe und Innigkeit wie das deutsche, es wurzelt ebenso in frommem Glauben und geheiligter Sitte wie dieses, und es ist sicherlich sehr verkehrt, die Latiner von Anfang an zu einem bloß politischen Volk zu machen. Erst in der Familienverfassung lag der Halt und die Bürgschaft für das politische Leben: bis tief in die historische Zeit bewahrte sie ihren wohlthätigen erhaltenden Einfluß, ja in ihr erhielt sich ein monarchisches Princip selbst unter den Stürmen des spätern Freistaats. Vielleicht nirgends tritt die ursprüngliche Verwandtschaft beider Völker so deutlich hervor als im Familienrecht; hier läßt sich die indogermanische Abstammung beider noch bis in die historische Zeit verfolgen. Die starke hausherrliche Gewalt, das Recht des Vaters über Leben und Tod seiner Kinder, der Kauf der Frau und ihre Unterordnung unter die Manus oder die Munt, die Gleichstellung der Knechte mit den Kindern — das Alles findet sich, eine leise Verschiedenheit in der Auffassung der Verhältnisse abgerechnet, fast bis auf die Symbole herab in der römischen Urzeit gerade so wie bei uns. Es ist gar nicht gleichgültig, daß wir das Wort Familie unverändert aus dem Lateinischen herüber nehmen konnten, und der Ausdruck väterliche Gewalt weiter nichts als eine Uebersetzung von patria potestas ist.[136] Stände die Verwandtschaft beider Völker nicht außer Zweifel, so könnte man wohl auf den Gedanken kommen, das eine Volk habe es dem andern abgesehn. Ja in mancher Hinsicht erscheint das römische Recht der ältesten Zeit noch strenger als das deutsche. Die väterliche Gewalt ist schärfer entwickelt und ausgeprägt, die Einheit des Hauses noch fester geschlossen, der zeitweilige Verkauf der Kinder in fremden Dienst, wie er den ältern wirthschaftlichen Verhältnissen entspricht, vom Recht in bestimmte Formen gekleidet; und während

der Ehemann bei uns das Vermögen der Frau immer nur zum Nießbrauch und zur Verwaltung erhielt (die sogenannte Gewere zu rechter Vormundschaft), erwarb er es nach römischem Recht zu wahrem Eigenthum.

Diese starre und unbeschränkte hausherrliche Gewalt ist die Quelle und Wurzel des römischen Privatrechts überhaupt. Sie war das Mittel dem Staat gegenüber ein selbständiges Privatrecht zu erhalten, denn alles Privatrecht, die Herrschaft über Sachen wie über Personen, lag ursprünglich in der hausherrlichen Gewalt ungesondert beisammen. Während die Griechen sich der Eingriffe des Staats in das Privatrecht nicht erwehren konnten, weil die hausherrliche Gewalt vorzeitig auf den Staat überging, hatte man in Rom nicht vergessen, daß die Familie das Aeltere, der Staat das Jüngere sei, und wachte eifersüchtig über die Unantastbarkeit derselben wie über ein Heiligthum. Privatrecht und Familie waren identisch: der Hausvater ist Herr über Alles was zur Familie gehört und die ihm unterworfenen Personen und Sachen führen eben davon den Namen Familie oder mit einem andern Ausdruck dominium ex iure Quiritium. Es mag eine Zeit gegeben haben, wo alle diese Gewaltverhältnisse, über Frau, Kinder, Knechte, Eigen und Habe, mit dem einzigen plastischen Ausdruck Manus bezeichnet wurden. Die einzelnen Privatrechte lagen in ihr beisammen, ohne daß sie begrifflich unterschieden wurden; daher für Personen wie für Sachen dieselben Formen des Erwerbs: Injurecession, Mancipation, Usus. Erst später theilte sich nach dem natürlichen Gegensatz beider und der verschiedenen Stellung der Personen die Gewalt oder Manus in verschiedene Arten: dominium (rerum) oder proprietas auf der einen, manus, patria potestas und mancipium auf der andern Seite. Die Ausdrücke, die einst gleichbedeutend waren, wurden auf die einzelnen Arten der Gewalt vertheilt und in ihrer Beschränkung technisch. Aber es hat weder eine Uebertragung der sachenrechtlichen Begriffe auf Personen, noch umgekehrt der Gewalt über Personen auf das Sachenrecht Statt gefunden: Eigenthum wie persönliche Herrschaft sind gleich ursprünglich und nur in ihrer begrifflichen Sonderung einer jüngern Periode

angehörig. Ebenso ist der Satz, daß die Sclaven Eigenthumsobjecte seien, erst eine juristische Abstraction der spätern Zeit. Alle Privatrechte (ex iure Quiritium) haben sich in dieser Weise durch Spaltung und Individualisirung aus dem einen Wurzelbegriff der hausherrlichen Gewalt entwickelt. So wenig in der ältern Zeit die Stellung der Frau, Kinder und Sclaven, die nach Lebensart, Sitte und Bildung eine wesentlich gleiche war, drei verschiedene Arten der Gewalt nöthig machte, so wenig war ein Bedürfniß vorhanden, die Herrschaft über Personen mit dem Eigenthum an Sachen in einen begrifflichen Gegensatz zu bringen. Die Unterschiede gingen erst von den Juristen aus und blieben im Volk, wenigstens was die Fixirung der Gewaltverhältnisse über Personen anlangt, immerhin schwankend.[137]

Das aber müssen wir bei ihrer Ableitung aus Einem Grundbegriff um so entschiedener festhalten, daß die Einseitigkeit und absolute Natur der hausherrlichen Gewalt auch auf die einzelnen Privatrechte überging und dem römischen Recht überhaupt eigenthümlich blieb. Selbst als die alte Abhängigkeit der Familienglieder in ihr Gegentheil umschlug und die individuelle Freiheit oberstes Princip des Rechts wurde, blieb der Charakter der einzelnen Privatrechte derselbe, ja er wurde nun auch auf die jüngern Rechtsverhältnisse, wie die Obligation, übertragen. Nur der Grundbegriff selbst schwächte sich ab. So natürlich die Unselbständigkeit der Frau, der Kinder, Knechte und Mancipien aus den einfachen Verhältnissen der ältern Zeit hervorging, so natürlich war es, daß in der Folge, als die Einheit der Familie schwand und der Staat mehr und mehr an ihre Stelle trat, das Individuum freier wurde. Nicht bloß die wirthschaftliche Entwicklung, auch die politische mußte die Geschlossenheit der Familie brechen. Die Sitten wurden milder, und das Individuum allmählich auch der Familie gegenüber vom Staat geschützt. Erst nahm sich dieser der Söhne, dann der Frauen, zuletzt der Sclaven an. Daher seitdem auch ein selbständiges Vermögen der Frauen, der Kinder, der Manumissi.

Eine ähnliche Entwicklung können wir bei uns verfolgen. Nur daß die Auffassung der hausherrlichen Gewalt wie die Formen der

individuellen Beschränkung unserer Sitte gemäß andere waren als in Rom. Während die Patria Potestas eine absolute und unbeschränkte ist und die Familie sich lediglich in ihrem Haupt verkörpert, wurde bei uns mehr die Gemeinschaft der Familie betont und auch das Haupt derselben ihrem Interesse untergeordnet. Zwar das Recht über Leben und Tod, der Verkauf der Frau und Kinder, die Herrschaft im Hause steht dem deutschen Familienvater in der Urzeit ebenso zu wie dem römischen. Aber in der Verwaltung und Nutznießung des Vermögens ist er nicht so unbeschränkt als der römische, er gilt nur als zeitweiliger Haushalter der Familie, und je höher wir hinauf steigen, desto entschiedener treten die Rechte der Familie am Grund und Boden in den Vordergrund, bis zu einem Grad, daß schließlich das Sondereigen des Einzelnen sich fast in ein Gesammteigen der Familie auflöst. Erst nach und nach wurde die Veräußerungsbefugniß eine freiere, aber volle Freiheit hat der Hausherr da, wo der Grundbesitz seine alte Bedeutung behauptete, nie erlangt. Und ebenso wenig war seine Gewalt über die Familienglieder eine einseitige und unbedingte. Sie hat ihren Grund nicht allein im Recht des Herren, sondern zugleich in der Hülfsbedürftigkeit der Angehörigen, sie ist also keine immerwährende, an den Willen des Herrn gebundene, sondern dauert nur so lange als die Familienglieder des Schutzes bedürfen. Scheidet der erwachsene Sohn aus dem Haus des Vaters aus, zieht die Tochter als Frau in das ihres Mannes, so erreicht damit die väterliche Munt ihr Ende, ganz wie es die natürlichen Verhältnisse mit sich bringen; eine künstliche Fortdauer der Gewalt über das Bedürfniß hinaus, auch dem erwachsenen Sohn oder der verheiratheten Tochter gegenüber, ist dem deutschen Recht unbekannt. Daher denn auch die Sätze von der Vermögensunfähigkeit der Kinder, ihrem Erwerb für den Vater u. s. f. in dieser Schärfe und Schroffheit schon dem ältesten deutschen Recht fehlen: nicht weil dasselbe an mangelhafter Ausbildung gelitten hätte, sondern weil sie ihm unnatürlich schienen. Frau und Kinder stehen in der Munt des Herrn, sie arbeiten und erwerben für ihn, so lange sie im Hause ihren Unterhalt haben, im Uebrigen aber

sind sie vollkommen rechtsfähig, auch dem Vater oder Ehemann gegenüber, und können mit ihm so gut wie mit Fremden Geschäfte zu eignem Nutzen abschließen. Die Manus haben wir ebenfalls gehabt, denn Munt bedeutet dasselbe wie Manus, Hand, Gewalt, ihre Uebertreibung dagegen nicht. So unscheinbar der Gegensatz aussieht, er ist vielsagender und folgenreicher als er scheint. Denn aus der Einseitigkeit der römischen Patria Potestas erklärt sich die ganze Reihe von Einseitigkeiten, die durch das römische Privatrecht hindurchgehen und von denen wir uns ein für allemal freigehalten haben. Die Güter sind nicht dazu da, nach der Laune und Willkür des Individuums, sondern nach ihrer Bestimmung und zu Gunsten der Familie benutzt zu werden.

Die Art, wie die römische Manus gefaßt wurde, als unbeschränkte Gewalt, ließ den Begriff zugleich auf Sachen anwendbar scheinen, während die deutsche Munt in ihrer Beschränkung auf die Bedürfnisse der unterworfnen Personen sich hierzu von vornherein als unbrauchbar erwies. So ist das römische Recht in der That nur von Einem Grundbegriff ausgegangen, dem der Potestas oder Gewalt, während das deutsche Recht gleich deren zwei aufstellte, die Munt oder die Vogtei für Rechte über Personen, und die Gewere oder den Besitz für Rechte an Sachen. Die Sache steht nach römischem Recht so gut in der Gewalt wie eine Person, Dominium und Potestas sind synonym, es wird daher auch der letztere Ausdruck von Sachen gebraucht. Oder umgekehrt die Person steht in der gleichen Gewalt wie eine Sache, denn in beiden Fällen ist die rechtliche Befugniß eine absolute. Das deutsche Recht unterscheidet strenger. Nie ist von einem Mundium über Sachen die Rede, so wenig wie von einer Gewere an Personen, die Leibeignen natürlich ausgenommen, die ähnlich wie die Sclaven im spätern römischen Recht in Gewere und Munt zugleich stehen (dominium und potestas). Es mochte unserm Gefühl widerstreben, Lebendiges und Unlebendiges gleich zu behandeln. Vor Allem aber ließ sich auch die Gewere oder das Eigen gar nicht unter deu Begriff einer absoluten Herrschaft bringen wie in Rom. Wie die Almende extensiv und intensiv viel länger eine

größere Bedeutung hatte als das Sondereigen, so blieb bei letzterm wieder der Gedanke einer Familiengemeinschaft viel länger lebendig und ließ den einer unbeschränkten Dispositionsbefugniß nicht aufkommen.

In ähnlicher Art wurden die verschiedenen Arten der Gewalt über Personen je nach der Stellung der letztern unterschieden: das eheliche Mundium war ein anderes als das väterliche, dieses wieder ein anderes als das vormundschaftliche. Die besondern Ausdrücke dafür fehlen, weil so wenig als in Rom anfangs ein Bedürfniß nach begrifflicher Spaltung vorlag. Darum war aber die Gewalt ihrer innern Natur nach doch von Haus aus eine verschiedene, eben weil sie kein einseitiges Recht des Herrn, sondern zugleich ein Schutzverhältniß war, wie es die Unterworfenen brauchten. Umgekehrt unterschieden die römischen Juristen streng zwischen manus, potestas und tutela, allein ihrem innern Wesen und Charakter nach sind alle drei Verhältnisse gleich. Die Function eines Schutzverhältnisses hatten sie nebenbei natürlich auch, allein sie trat zurück vor dem Gedanken des reinen Rechts. Selbst die Definition der Tutel beginnt mit den Worten: est ius (vis) ac potestas. Daß die Römer die natürliche Ungleichheit der Verhältnisse übersehen hätten, soll damit durchaus nicht behauptet werden, so wenig es ihnen in den Sinn kommen mochte, je Eigenthum und persönliche Gewalt praktisch gleich zu behandeln, allein die Frage ist nach dem Grundbegriff, von dem die beiden Völker ausgegangen sind, und daß dieser formell, nach seinen wesentlichsten Merkmalen, im römischen Recht überall derselbe ist, bedarf keines besondern Beweises.

Damit hängt es denn auch zusammen, daß in Rom die privatrechtliche Stellung der Kinder und Knechte ursprünglich die gleiche war. Das spricht sich in den Worten liberi und servi aus, womit die erstern zwar als Freie den Sclaven gegenüber, aber zugleich als Angehörige ihnen gleichgestellt werden. Hatte der Herr schon über die Kinder eine unbeschränkte Gewalt, so konnte er über die Sclaven keine größere haben, und in der ältesten Zeit wurden die Sclaven wirklich als Mitglieder des Hauses angesehen und gehalten. Bei uns dagegen war doch ein großer Unterschied

zwischen beiden, so ähnlich die Verhältnisse sonst den römischen sein mochten. Er läßt sich mit dem einzigen Wort Hofrecht bezeichnen, ein Verhältniß, welches den Römern dem Ausdruck wie der Sache nach gefehlt hat, da sich bei ihrem raschen Uebergang zu höhern wirthschaftlichen Stufen ein dem Ackerbau entsprechendes System von Hörigkeit als besonderes Sclavenrecht nicht niederschlagen konnte. Das Hofrecht nun, das auf der einen Seite die Knechte als vollkommen rechtsfähige Menschen anerkennt, begründet auf der andern zugleich einen gewaltigen Unterschied zwischen ihnen und den Kindern. Denn die Kinder nehmen am Volksrecht Theil, die Knechte sind davon ausgeschlossen. Die Vogtei über Leibeigene und Hörige ist also etwas Anderes als das Mundium über Frau und Kinder. Nach Volksrecht gehören jene unter die Gewere, sie müssen in Bezug auf ihre Person wie auf ihr Vermögen vor den öffentlichen Gerichten vom Herrn vertreten werden, weil sie vor diesen völlig rechtlos sind. Frau und Kinder dagegen sind es nicht, und wenn sie ebenfalls einer Vertretung bedürfen, so liegt der Grund dafür nur in der mangelnden Wehrfähigkeit, denn die öffentlichen Gerichte erkennen allerdings eigne Rechte derselben an, sie sind rechtsfähig wie der Herr. So ist die Gewere, in welcher die Leibeignen stehen, wesentlich verschieden von der römischen Gleichstellung der Sclaven mit Sachen. Sie gilt nur dem Landrecht gegenüber, nach Hofrecht aber sind die Leibeignen so gut rechts- und vermögensfähig wie die Freien, und wenn dasselbe ursprünglich nur unter der Herrschaft der Sitte stand, so nahm es doch bald genug, auch dem Herren gegenüber, die Form des Rechts an. Das war es, was der römische Sclav nicht hatte, und wofür er auch in der Unterordnung unter eine Potestas, wie sie über Kinder geübt wurde, keinen Ersatz fand. Denn diese sprach weiter nichts aus, als was sich von selbst verstand, seine Anerkennung als Mensch, daß er nicht bloß als Sache in Betracht komme. Im Uebrigen war er reines Erwerbsinstrument für den Herrn.

Von diesen Verschiedenheiten abgesehen gestaltet sich gleichwohl die Familienverfassung im römischen und deutschen Alterthum ganz analog, und wir müssen wiederholt darauf zurückkommen, daß auch

die römische sich ursprünglich durch die strengste Zucht und Sitte auszeichnete. Es giebt kein zweites Volk der alten Welt, bei dem dies in demselben Maaß der Fall gewesen wäre wie bei den Römern. Ohne das hätten sie weder die Herrschaft über die andern erringen, noch überhaupt einen Staat von längerer Dauer gründen können.

Aber freilich diese schönen patriarchalischen Verhältnisse, die Heiligkeit der Ehe, der unbedingte Gehorsam der Kinder, die Gleichstellung der Knechte mit den Kindern, die wirthschaftliche Einheit des Hauses, erhielten sich nicht lange, wenigstens nicht mehr in der historischen Zeit. Wohl dauerten sie viel länger fort als bei den Griechen, bei denen sich in der historischen Zeit kaum noch Spuren der alten Hausordnung finden, wie sie ursprünglich allen indogermanischen Völkern eigen war. Aber doch beginnt auch die römische Geschichte fast schon mit dem Verfall. Es war doch eine ungleich raschere Entwicklung als bei uns. Während schon in der ältern Zeit, in den zwölf Tafeln, neben der strengen Ehe die freie ohne Manus erscheint, war bei uns zweitausend Jahre später die Munt noch allgemein, ja sie besteht zum Theil noch heute fort oder ist erst seit der Aufnahme des fremden Rechts allmählich außer Uebung gekommen. Die alte Ordnung löst sich auf vor unsern Augen, ohne daß mit dem Fortschritt der wirthschaftlichen und politischen Verhältnisse eine neue an ihre Stelle getreten und die Integrität der Sitte geblieben wäre. Das ist das Thema, woran sich die Geschichte des römischen Familienrechts abspinnt: keine verschiedenen Formen, die sittlich den gleichen Werth haben, weil sie nur ein Ausdruck verschiedener Culturstufen sind; sondern nur eine einzige, die alte Familienverfassung und deren Untergang, damit aber auch ein Untergang der Familie selbst. Eine neue, den spätern Verhältnissen entsprechende Form waren die Römer außer Stande zu schaffen; erst das Christenthum vermochte die entweihte Familie wieder herzustellen.

Was wir schon oben mehrfach hervorgehoben haben, daß die römische Geschichte im Grund nur eine einzige Stufe der Entwicklung kennt, daß sie mit relativ ausgebildeten Verhältnissen

beginnt, diese aber nicht mehr innerlich fortbildet, sondern nur erschöpft und aufzehrt, wiederholt sich auch in der Geschichte des Familienrechts: sie kennt nur einen Fortschritt, der zugleich Verfall ist. Wie dem wirthschaftlichen Leben ein ächter und wahrer Fortschritt fremd blieb, so auch dem sittlichen. Beides hängt nah zusammen. Der Uebergang von den einfachen Verhältnissen zum Weltverkehr und Welthandel erfolgte zu plötzlich, als daß die Gefahr, die darin lag, überwunden werden konnte. So löste sich die alte Familienverfassung nicht bloß wirthschaftlich, sondern auch sittlich auf. Mit dem Uebergang vom Ackerbau zum Handel und zur Geldwirthschaft veränderten sich nicht bloß die Vermögensverhältnisse und die äußere Ordnung der Familie, sondern es wich auch der sittliche Halt, der diese bis dahin zusammengehalten hatte; mit der Umbildung des ehelichen Güterrechts verschwand zugleich die religiöse Weihe der Ehe; die väterliche Gewalt zwar dauerte fort, aber sie gestaltete sich zu einem widernatürlichen Erwerbsrecht des Vaters; die Tutel endlich hörte ganz auf, ein Familienverhältniß zu sein. Mit andern Worten, die Familie fiel auseinander, erst die agnatische, dann die cognatische, erst rechtlich, dann sittlich; die Pietät, die einst das rechtliche Band belebt und beseelt hatte, erlosch.

Dieser Auflösung der Familie entspricht das spätere Vermögensrecht genau so, wie das ältere ihrer ursprünglichen Gebundenheit. Es ist ein Gemisch widerstreitender Grundsätze, die theils von der Selbständigkeit der einzelnen Familienglieder ausgehen, theils Reste der alten hausherrlichen Gewalt damit zu verbinden suchen. Dem Manne steht die Frau mit ihrem Vermögen wie eine Fremde gegenüber, die Kinder bleiben zwar dem Vater gegenüber vermögenslos, allein ihre Unselbständigkeit wird durch die Peculien wieder mannigfach durchbrochen, die Tutel der Agnaten wird durch die testamentarische oder gerichtliche verdrängt und schließlich gar nicht mehr als Familien-, sondern als reines Obligationsverhältniß behandelt. Die Aengstlichkeit, womit überall die gegenseitigen Rechte und Pflichten abgegränzt werden, ist um so peinlicher, je mehr die Sitte der guten alten Zeit geschwunden war, je weniger

eine vollständige rechtliche Bestimmung diesen Mangel ersetzen konnte. Es ist ein System von Obligationen, das unter Personen vorkommt, die zufällig im Verhältniß von Mann und Frau, Vater und Kind, Vormund und Mündel mit einander stehen; eben weil es kein wahres Familienband mehr giebt, was sie zusammenhält.

Dagegen hat bei uns die Geschichte einen ganz andern Verlauf genommen. So geringfügig die Unterschiede in den Ausgangspunkten sein mögen, so sehr läuft die Entwicklung gleich anfangs auseinander. Während der innere, sittliche Gehalt der Familienverhältnisse in Rom nur abnahm, wurde er bei uns umgekehrt durch das Christenthum mit neuem Geist und Leben erfüllt. So hoch wir die Sittenreinheit der Germanen anschlagen mögen — und doch kennen wir sie eigentlich nur aus den Berichten der Römer und Griechen, denen vor Allem der Contrast in die Augen sprang — das Heidenthum mit seinem Polytheismus und Götzendienst, seinem Aberglauben und seinen Verlockungen zur Unzucht finden wir bei ihnen auch, und ohne die christliche Taufe würden sie vielleicht die gleiche abschüssige Bahn wie die Römer gegangen sein. Das höchste, was wir sagen dürfen, ist daß sie eine natürliche Wahlverwandtschaft zum Christenthum mit brachten, und dieses daher ihrer Sitte um so leichter einen festen, unerschütterlichen Halt geben konnte. Hier wurde wirklich etwas Neues geschaffen: die ursprüngliche Reinheit und Würde der Familie nicht allein anerkannt, sondern mit einem Adel und einer Weihe umgeben, die das Alterthum erst kennen lernte, als es zur Wiedergeburt zu spät war. Die nationale Bedeutung der Ehe verwandelte sich in eine allgemein menschliche, ein Gegensatz von matrimonium iuris civilis und iuris gentium, der die Ehe in die Sphäre eines privatrechtlichen Verhältnisses herabdrückte, war unmöglich, und ebensowenig konnte das Concubinat als ein rechtliches Verhältniß neben der Ehe aufkommen, obgleich sich allerdings Ansätze dazu auch in unserm Recht finden (matrimonium legitimum und ratum, ebenbürtige und morganatische Ehe, oder in der vorchristlichen Zeit geradezu Ehe und Concubinat).

Dazu kam nun, daß unsere wirthschaftlichen Verhältnisse viel

länger in der alten Weise fortdauerten, weshalb auch ihr Einfluß auf das Vermögen viel länger und entschiedener sich behauptete. Und als eine neue Entwicklung begann, war es keine vorzeitige und verfrühte wie in Rom, sondern eine langsame und gesunde, die in der That ein Aufsteigen zu höherer Cultur bewirkte und mit dem wirthschaftlichen Fortschritt zugleich den sittlichen verband. Es wird an einem andern Ort gezeigt werden, wie auch darauf wieder das Christenthum von größtem Einfluß war und wie gerade dieses selbst unsere wirthschaftliche Entwicklung erst zu einer gesunden und wahrhaft blühenden machte. Hier müssen wir uns mit der Thatsache begnügen, daß sie nicht bloß eine äußere und einseitige war. Den Uebergang vom reinen Ackerbau zum Handel und zur Industrie haben wir ebenfalls durchmachen müssen, aber er hatte keine Auflösung der Familie zur Folge wie in Rom. So mußten sich die wirthschaftlichen Formen des Familienlebens allerdings ändern, aber es traten andere an ihre Stelle, die ebenso gut oder relativ besser waren als die früheren. Mit der Auflösung des Hauses im ältern Sinn, das Alles umfaßte, was der Gutsherr auf seinem Boden in Mundium und Gewere hatte, löste sich nicht das Vermögensrecht der Familie selbst auf, sondern es bildete sich nur zeitgemäß um. Die politische Bedeutung der Familie erlosch, ihr sittlicher Charakter dagegen blieb; der Vorzug des Mannsstammes wurde schwächer, die Familie im engern Sinn aber, wie sie durch die Einheit des Haushalts gegeben war, dauerte fort; die Gemeinschaft, die sich ehedem auf den Grund und Boden und seine Bestellung bezogen hatte, ergriff nun das Capitalvermögen. Die Familienverbindung zog sich ihrem Inhalt und Umfang nach auf ein kleineres Gebiet zurück, blieb aber hier um so fester und inniger. Daher die merkwürdige und doch so natürliche Erscheinung, daß das eheliche Güterrecht, das früher nie von einer eigentlichen Rechtsgemeinschaft wußte, sich in den Städten vielfach zu einer solchen steigerte. Selbst die Kinder nahmen daran Theil, wenn der eine Ehegatte gestorben war, und das Recht war erfinderisch genug, sogar Formen aufzustellen, durch welche sie in die Gütergemeinschaft einer neuen Ehe übergehen konnten. In dem-

selben Maß, in welchem die Bedeutung des Grundeigenthums sich minderte, wurde die Veräußerungsbefugniß freier, allein das Recht war weit entfernt, einer willkürlichen Ausübung derselben Vorschub zu leisten. Darum treffen wir statt des frühern Einspruchsrechts der nächsten Erben später andere Formen, wie die Verfangenschaft, das Theilrecht, Aufnahme der Kinder in das Güterrecht der Eltern, in denen auf zeitgemäße Weise die Kinder gegen möglichen Mißbrauch der väterlichen Munt geschützt werden. Die freie Erwerbsfähigkeit der Kinder dagegen, die wir im Princip von Anfang an gehabt haben, trat mit der Umbildung der Vermögensverhältnisse erst in ihr volles Recht und nahm nun eine ganz andere Bedeutung an als früher. Daß die Kinder dem Vater erwerben ist natürlich, so lange sie in seinem Haus ernährt und erzogen werden, auf den niedern Wirthschaftsstufen also so lange, als sie auf dem väterlichen Gut sitzen bleiben, auch wenn sie zu ihren Tagen gekommen sind; sobald sie aber aus dem elterlichen Haus ausscheiden und ein eignes gründen, wozu die höhern Culturstufen mit ihrer Menge verschiedener Erwerbszweige eine viel mannigfachere Gelegenheit bieten, müssen sie auch für sich erwerben. Die Ausdehnung des Erwerbs zu Gunsten des Vaters über diese natürliche Grenze hinaus, wie sie das römische Recht als Folge der väterlichen Gewalt trotz der veränderten Verhältnisse festgehalten hat, ist nicht bloß unsittlich, weil gegen den Geist der Familie, denn die Erziehungskosten der Kinder sollen diese wieder an ihren Kindern abtragen, sondern auch unwirthschaftlich, weil sie die Grundlage verletzt, worauf das Capitaleigenthum ruht, die Arbeit und ihr Verdienst. In dem wirthschaftlichen Leben der Römer, das kaum eine eigentliche Production gekannt hat, mochte freilich kein Anlaß vorhanden sein, auf diese Umstände besonderes Gewicht zu legen.

Nach diesen vorläufigen Bemerkungen dürfen wir bei den einzelnen Verhältnissen, der Ehe, väterlichen Gewalt und Vormundschaft, uns kürzer fassen. Die Ehe zunächst war in der ältesten Zeit immer die sogenannte strenge, das heißt mit der Manus des Ehemanns. Denn diese ist nichts anders als die hausherrliche

Gewalt in ihrer Anwendung auf die Frau, daher ebenso nothwendig als die hausherrliche Gewalt selbst. Der Ehemann oder dessen Vater, wenn er noch lebt, erwirbt sie bei Eingehung der Ehe vom Vater oder Tutor der Frau und muß die letztern dafür entschädigen, mit andern Worten, er kauft die Frau. So lange die Ehe nicht ohne Manus denkbar war, fiel beides, Abschluß der Ehe und Uebergang der Manus, zusammen, besondere Formen für den Erwerb der Manus allein gab es noch nicht, und es ist nach Roßbach's trefflichen Untersuchungen ursprünglich nicht einmal ein Unterschied zwischen Coëmtion und Confarreation nachzuweisen, jede Ehe wurde durch Kauf und die althergebrachten religiösen Gebräuche geschlossen und hatte dann ohne Weiteres die Manus des Mannes zur Folge. Es fehlte weder bei den Patriciern der Kauf, noch bei den Plebejern die durch den Cultus vorgeschriebene Feier; erst seit der Trennung von Ehe und Manus fiel beides auseinander, indem die Patricier nur die religiöse Feier mit dem Opferbrod (libum farreum), die Plebejer nur den Kauf oder das denselben vertretende Symbol als wesentlich festhielten.[138]

So anstößig unserer Sitte ein Kauf der Frau erscheint, so wenig darf er nach den ursprünglichen Verhältnissen befremden. Er findet sich nicht bloß bei den indogermanischen und semitischen Völkern, sondern auf den niedern Wirthschaftsstufen überhaupt: gerade so wie ihnen auch eine Schätzung des Todschlags oder der Körperverletzung in Geldeswerth (Vieh oder Frucht) nicht anstößig scheint. Das Vermögen hat dann noch keinen Tauschwerth in unserm Sinn, eine eigentliche Gleichstellung des Menschen mit Sachgütern, was uns widerstrebt, liegt also darin nicht. Es ist etwas Anderes, dem Vater für seine Tochter etwa eine Heerde Vieh mit Knechten und Mägden, oder eine Summe baaren Geldes zu geben; jene gehört unmittelbar mit zum Leben, diese kommt später nur als Tauschwerth in Betracht, Waare gegen Waare. Wo wir aber auf niedern Culturstufen Gold, Silber oder Geld finden, wie bei den Germanen seit ihrer Berührung mit dem römischen Reich, hat es entweder die Bedeutung eines Surrogats für die gewöhnlichen Tauschmittel oder die eines besondern Schatzes oder Kleinods.

Auch wurde ja die Frau nicht eigentlich selbst gekauft, der ganze Mensch nach seiner sittlichen und geistigen Seite, sondern nur die Arbeitskraft, die sie repräsentirt, der Mensch nach seiner physischen Seite. Darum dauern die sittlichen Beziehungen zwischen Vater und Tochter auch in der Ehe fort, während die Arbeit der Frau allerdings nicht mehr dem Vater, sondern dem Manne gehört. Der Vater hatte seine Tochter, die ihm die Stelle einer Magd und mehr als das vertrat, dem Manne hingegeben und verlangte dafür einen Ersatz und zwar wie billig einen größern als für eine gewöhnliche Magd. Erst mit der Aenderung der alten patriarchalischen Zustände ändert sich die Bedeutung des Brautkaufs. Seitdem finden wir überall eine fortschreitende Milderung der Sitte, bis endlich der Kauf ganz aufhört: der Kaufpreis wird zum Beispiel vom Vater der Frau ganz oder zum Theil als Mitgift überlassen, oder er fällt gleich von vornherein ihr als künftiges Witthum zu, oder der Kauf gilt nicht mehr als wirklicher, sondern nur als symbolischer, eine bloße Form für die Eingehung der Ehe.

Bei den Römern treffen wir in der historischen Zeit nur noch die letzte Stufe: der Kauf hat sich als solcher verloren und nur seine äußere Hülle ist zurückgeblieben. Gerade so wie wir die Mancipation für den Erwerb von Sachen in den Quellen nicht mehr als wirklichen Kauf nachweisen können, während die Form dafür fortdauerte. Ja die Coëmtion ist genau genommen nur eine besondere Art der Mancipation, Erz und Wage in ihrer Anwendung auf den Abschluß der Ehe und den Erwerb der Manus. Wann dieser Uebergang des Kaufs in ein bloßes Symbol Statt gefunden hat, wissen wir nicht, nur das ist sicher, daß er in Rom anders als bei den Germanen schon jenseit der Geschichte liegt, und daß darum bald auch die Bedeutung des Symbols unverständlich wurde. Vermuthlich stammt er gleich aus der ersten Zeit, in der man anfing, neben dem Ackerbau auch Handel zu treiben. Ein eigentlich städtisches Leben, wie es in Rom aufblühte, mußte natürlich die alte Sitte früh fallen lassen.[179]

So relativ früh nun auch der Kauf der Frau zum bloßen Scheinkauf wurde, das älteste eheliche Güterrecht, wovon wir Kunde

haben, gehört seinem Ursprung nach noch der Stufe des reinen Ackerbaus an. Es ist eben das Recht der Manus, nach welchem die Frau selbst und mit ihr Alles, was sie aus dem väterlichen Haus mitbringt oder später auf irgend eine Weise erwirbt, in die Gewalt des Mannes fällt. Aus dem Haus des Vaters tritt sie in das des Mannes über, und wie sie dort kein selbständiges Vermögen hatte, so konnte sie auch hier keins haben. Juristisch ausgedrückt: sie erleidet eine capitis diminutio (minima), scheidet aus ihrer natürlichen Familie aus und wird zur Agnatin des Mannes und seiner Familie. Die hausherrliche Gewalt aber, der sie unterworfen ist, ist im einen wie im andern Fall die gleiche. Daher ihre fortdauernde Vermögensunfähigkeit, ihr Erbrecht dem Mann und seinen Kindern gegenüber gleich einer Tochter, oder wenn der Mann selbst noch unter der Gewalt seines Vaters steht, gleich einer Enkelin, und nach dem Tode des Mannes die Vormundschaft nicht ihres nächsten natürlichen Verwandten, sondern ihrer neuen Agnaten. Bei der geschlossenen Einheit der Häuser, die allein auf dem Grundbesitz ruhen und sich wie Gutshöfe gegenüber stehen, erscheint dies Alles sehr natürlich.

Auch der Begriff der Agnaten, wie ihn die Römer fassen, stimmt damit überein: alle durch Männer verwandten Personen derselben Familie mit Einschluß der Frauen und Töchter (femina finis familiae), genauer als der deutsche, der nur die Männer dazu rechnet und die Weiber unbedingt ausschließt. So ist die Civilfamilie nichts anderes als ein Inbegriff von Verwandten, die unter derselben hausherrlichen Gewalt stehen oder, im weitern Sinn, stehen würden, wenn der gemeinschaftliche Parens noch lebte: das patriarchalische Haus. Denken wir uns dazu einen geschlossenen Grundbesitz, wie ihn die Sitte wenigstens noch lange festhielt, nachdem das Recht längst freie Theilbarkeit anerkannt hatte, so erscheint die civile agnatische Verwandtschaft der ältern Zeit ebenso entsprechend als die naturale cognatische der spätern. Nur die eigenthümliche Schärfe und Consequenz, womit die Römer auch diesen Begriff fixirt und ausgebildet haben, kann uns befremden;

bei näherer Betrachtung ist gerade sie besonders einleuchtend und verständlich.

Daraus ergiebt sich denn von selbst, worin in der ältesten Zeit das Vermögen bestand, was die Frau ihrem Manne zubrachte (res uxoria, dos). Das Familiengut war es nicht, wohl aber eine Aussteuer in Vieh und Habe, was zur Bewirthschaftung und zum Haushalt gehörte. Die Sitte, die Braut nicht unbeschenkt und ungeschmückt aus dem elterlichen Haus zu entlassen, ist uralt und kehrt bei allen indogermanischen Stämmen wieder.[140] So auch bei den Römern, wo diese Art von Dos seit dem Untergang des alten Kaufpreises für die Frau die einzige war, während bei den Germanen noch beide neben einander vorkommen, der Kaufpreis später gewöhnlich in Gestalt eines der Frau vom Mann bestellten Witthums, die Aussteuer als die der römischen Dos entsprechende Mitgift von Seiten des Vaters.

Nothwendig aber mußte diese in Rom eine andere Bedeutung annehmen als bei uns. Denn da die Frau durch die Heirath völlig aus der Familie ihres Vaters ausschied, hatte die elterliche Mitgift zugleich die Natur einer Abfindung; das Erbrecht der Frau in ihrer natürlichen Familie hörte auf, und dafür gab oder bestimmte man ihr bei der Hochzeit oder dem Verlöbniß gleich den auf sie fallenden Theil (aut datur aut dicitur).[141] Auch bei uns konnte die Dos die Natur einer Abschichtung haben, allein es brauchte durchaus nicht nothwendig der Fall zu sein, weil das Erbrecht der Frau nicht durch die Heirath aufhörte. Der Begriff der spätern römischen Dos hat sich erst restrictiv gebildet, indem ursprünglich Alles darunter fiel, was die Frau in die Ehe einbrachte. Eine Theilung des Frauenguts in Dos und vorbehaltenes Vermögen (bona recepticia, parapherna) wäre nach den ältern Zuständen undenkbar gewesen. Und daß die Dos ursprünglich wirklich eine Abfindung vom Erbe enthielt, davon hat sich in der Collationspflicht der Tochter auch später noch eine Spur enthalten, als die alten Verhältnisse längst andere geworden waren.

Alles also, was die Frau mitbrachte oder später erwarb, kam in die unbeschränkte Gewalt des Mannes und wurde sein unwider-

rusliches Eigenthum. Etwas Anderes war nicht möglich, so lange die Manus zum Wesen der Ehe gehörte; ein Streit über die Natur dieses Eigenthums, wie er die spätern Juristen bewegt zu haben scheint, konnte gar nicht entstehen. Von einem Rückfall der Dos an die Frau oder ihre Erben war keine Rede. Denn die Ehe galt als heilig und unlösbar, eine Scheidung kam bis auf den bekannten Fall des Carvilius Ruga vor dem Hannibal'schen Krieg wenn überhaupt, doch nur höchst ausnahmsweise vor, die Auflösung der Ehe erfolgte daher regelmäßig erst durch den Tod eines der beiden Ehegatten. Gerade in diesem Fall trat nun keine Ausscheidung des Frauenguts aus dem Vermögen des Mannes ein, da die Dos zugleich die Bestimmung hatte, demnächst als mütterliches Erbe den Kindern zu dienen: starb die Frau, so blieb sie beim Mann, um nachmals mit der ganzen Erbschaft auf die Sui, das heißt die unausgeschiedenen Kinder und Enkel überzugehen, starb der Mann, so war die Frau durch ihr Miterbrecht geschützt, indem sie gleich den Kindern an der Erbschaft des Verstorbenen Theil nahm. Vermuthlich blieb die Wittwe ursprünglich in der Tutel des nächsten Agnaten auf dem Gut ihres Mannes sitzen, ohne daß eine förmliche Theilung vorgenommen wurde, ähnlich wie bei uns ein solcher Beisitz üblich war und hier sogar zu einem Rechtsinstitut sich ausbildete. Davon ist freilich aus dem römischen Alterthum nichts überliefert, allein die Sitte, das Erbgut ungetheilt zu lassen, ragt doch bis tief in die historische Zeit hinein und kann ohne einen Beisitz der Wittwe nicht wohl gedacht werden. Jedenfalls lag in dem Kindestheil, was der überlebenden Frau zugesprochen wurde, eine hinreichende Entschädigung für ihre Dos.

Bei diesen ältern Verhältnissen, wie wir sie uns durch den Hinblick auf die deutschen zu veranschaulichen gesucht haben, blieb es indessen nicht lange. Sie eilen rasch vorüber, ohne dem Auge ein in allen Einzelnheiten klares Bild zu hinterlassen. Mit dem Beginn der römischen Geschichte beginnt die städtische Entwicklung und mit ihr Handel, Verkehr und Geldwirthschaft; die tausend Jahre, die unsere Geschichte gebraucht hat, um dahin zu gelangen,

fehlen der römischen entweder ganz oder verschwinden in nebelhafter Ferne.

Darum finden wir schon in den zwölf Tafeln neben der strengen Ehe auch die freie anerkannt. Es ist eine civile Ehe möglich, ohne daß die Frau in die Gewalt des Mannes übergeht, und zwar hängt es von der Willkür der Betheiligten ab, ob sie eine Ehe mit oder ohne Manus schließen wollen. Geschieht das Letztere, so bleibt die Frau in der Gewalt ihres Vaters oder der Tutel ihrer Agnaten. Sie lebt zwar mit ihrem Mann in einer gültigen Ehe, weshalb Alles was zu einer solchen gehört, Gemeinschaft der Sacra, Verlöbniß, Hochzeit, Mitgift, wie bei der strengen Ehe wiederkehrt, aber sie behält ihre natürlichen Agnationsrechte und geht nicht in die Familie ihres Mannes über. Die väterliche Gewalt stand noch fest und unerschüttert, nur die Manus mit ihren privatrechtlichen Folgen begann lästig zu werden, oder es stellte sich wenigstens für einzelne Fälle ein Bedürfniß heraus, sie zu umgehen. Dazu bot das Zwölftafelgesetz die Möglichkeit, indem es der Frau gestattete, alljährlich drei Nächte hinter einander außer dem Haus ihres Mannes zu bleiben und hierdurch den Usus zu unterbrechen, kraft dessen die Frau auch ohne Confarreation oder Coëmtion nach Ablauf eines Jahres in die Gewalt des Mannes kam. Der Usus als Ergänzung der altcivilen Erwerbsformen hat nichts Befremdendes, da er in ähnlicher Weise bei den Erwerbsformen des Eigenthums sich wiederholt, wahrscheinlich aber wurde er erst zugleich mit dem Trinoctium üblich: eine Uebertragung der Usucapion mit der Möglichkeit einer künstlichen Unterbrechung, um dem Vater ein Mittel zu verschaffen, wodurch er die Tochter in seiner Hand behielt. Der Usus bezeichnet also den Uebergang aus der alten Zeit, wo bloß Manusehen möglich waren, in die spätere, wo die freie mehr und mehr in Aufnahme kam; es war ursprünglich die einzige Form, in der eine solche Statt finden konnte, bis sich gegen Ende der Republik eine eigne unförmliche Art der Eheschließung bildete, und nun umgekehrt jede Ehe eine freie war, bei der die Manus nicht besonders erworben wurde. Seitdem fielen Ehe und Manus als nicht mehr wesentlich zusammengehörig aus

einander; Coëmtion und Confarreation wurden nur noch da angewandt, wo die Contrahenten wirklich die alte strenge Ehe beabsichtigten. Die Coëmtion insbesondere diente fortan mehr zum Erwerb der bloßen Manus als zur Eheschließung. Sie verlor ihre symbolische Bedeutung als Kauf der Frau und nahm die eines rein privatrechtlichen Erwerbs oder eines Scheingeschäfts an.[142]

Daß beide Arten der Ehe Jahrhunderte lang neben einander bestanden, darf uns nicht Wunder nehmen. Es erklärt sich nicht bloß aus dem conservativen Sinn der Römer, der es im Privatrecht wie im Staatsrecht nicht liebte, Altes förmlich abzuschaffen, sondern vor Allem aus dem Leben selber, das für gewisse Verhältnisse, wie zum Beispiel das Jus sacrum, die Fortdauer der alten Form forderte. Erst in der Kaiserzeit hörte die Ehe mit Manus vollständig auf, nachdem Tiberius die civilen Wirkungen derselben selbst bei confarreirten Ehen abgeschafft hatte. Auch das religiöse Element, das die Sitte bis zu Ende der Republik bei jeder Art von Eheschließung, wenngleich zuletzt nur noch als bloße Form festhielt, verlor sich in der Kaiserzeit völlig.

Der Grund für das Aufkommen der freien Ehe wird in dem städtischen Leben und der Aenderung der Vermögensverhältnisse zu suchen sein. Allerdings nicht bloß darin, wie wir denn den wachsenden Einfluß des Staats und die fortschreitende individuelle Freiheit auch als selbständige Gründe anführen können, aber doch zunächst, denn diese Umstände, die sich im Lauf der Entwicklung überall geltend machen, sind wieder durch die wirthschaftlichen Fortschritte mit bedingt. Auch ist bei dem ersten Auftreten der freien Ehe weder ein Einfluß des Staats noch ein Streben nach Befreiung des Individuums merklich; der Staat greift erst seit Mitte der Republik in die Familie ein; die hausherrliche Gewalt und der Agnationsverband dauern noch längere Zeit unverändert neben der freien Ehe fort. Aber es trat durch die letztere eine Verschiebung des Familienbegriffs ein, indem die Frau nun in der Familie ihres Vaters blieb, also nur factisch, nicht rechtlich Hausfrau ihres Mannes wurde. Und diese Verschiebung war erst in Folge der städtischen Entwicklung möglich. Die geschlossene Einheit

des Hauses hörte in der frühern patriarchalischen Weise auf, denn die Stadt duldet keine Gutshöfe in ihren Mauern, sondern nur noch kleine Hausstände, die dicht zusammengedrängt um so freier und lebendiger mit einander verkehren. So konnte erst hier der Gedanke entstehen, die hausherrliche Gewalt des Mannes über die Frau gar nicht eintreten, sondern die des Vaters fortdauern zu lassen. Dazu kam der Uebergang zur Geldwirthschaft. Auch das Vermögen wurde freier und beweglicher, die Größe desselben in den einzelnen Familien leichter Zufällen und Schwankungen ausgesetzt, eine Abschichtung der Frau zur Zeit der Ehe also oft unmöglich oder nach der einen oder andern Seite unbillig: für die Frau, wenn später das Vermögen sich erheblich mehrte, für ihre natürliche Familie, wenn es sich minderte. So wenig wir über die Gründe näher unterrichtet sind, denen die freie Ehe ihren Ursprung verdankt, so ist doch soviel klar, daß das Capitalvermögen eine andere Behandlung des Vaters der Frau gegenüber forderte, als der Grundbesitz, wenn die Kinder gleich gehalten werden sollten. Mit dem Austritt der Frau aus seiner Familie wären ihm aber die Hände gebunden gewesen. Er hätte freilich durch Testament die Ungleichheit wieder gut machen können, allein der allgemeine Gebrauch der Testamente ist doch wohl jünger als der Ursprung der freien Ehe. Vermuthlich war demnach der Vorbehalt der väterlichen Gewalt anfangs viel öfter das Mittel, der Frau den Anspruch auf ihr Erbe zu erhalten, als sie von dem des Mannes auszuschließen; die Manus des letztern konnte nach Beerbung des Vaters immer noch begründet werden. Hiezu bot eben der Usus ein bequemes und ausreichendes Mittel: das Trinoctium brauchte nur einmal unterlassen zu werden, um die Manus in ihr natürliches Recht treten zu lassen.

Es wäre mit dieser Vermuthung sowohl der Ursprung der freien Ehe wie der des Usus und des Trinoctium auf einfache Weise erklärt, jedenfalls besser, als wenn man annimmt, die freie Ehe habe von Anfang an nur den Zweck gehabt, das Vermögen der Frau ihren Agnaten zu erhalten. Das wird später je länger je mehr der Fall gewesen sein, für den Anfang aber erweist sich

diese Annahme als ungenügend. Denn wenn die Frau eine namhafte Dos erhielt und ihre Familie hinterher verarmte, hätte die freie Ehe so wenig wie die strenge die Agnaten geschützt. Dagegen war sie, wenn die Mitgift gering ausfiel, ein bequemer Ausweg, um die Frau nachmals zur väterlichen Erbschaft mit zu berufen, wobei sie dann ihre im Voraus empfangene Dos gern conferirte. Auch bleibt bei der gewöhnlichen Annahme unerklärt, warum das Vermögen immer den Agnaten erhalten werden sollte. Unter Umständen, wie zum Beispiel im Fall kinderloser Ehe, hätte das ganz billig, in andern Fällen hätte es ebenso gut eine große Ungerechtigkeit gegen die Frau und ihre Kinder sein können, da die letztern erst durch Mark Aurel und Commodus als sui heredes ihrer Mutter anerkannt wurden, wenn sie in freier Ehe geboren waren. Es ist eine Erklärung, die sogleich wieder die Frage nach dem Grund des Grundes auftauchen läßt. Wir müssen aber einen innern suchen, der in den ganzen Zusammenhang paßt.

Wie jeder Fortschritt zur Freiheit, so ist auch die freie Ehe etwas Zweischneidiges. Darum konnte später viel leichter Mißbrauch mit ihr getrieben werden, als mit der strengen. Der Grund ihrer Einführung aber lag nicht in dem Egoismus des einen oder andern Theils, sondern in dem sittlichen Bedürfniß, mit den Fortschritten des Lebens auch das eheliche Güterrecht in Einklang zu erhalten. Die Sitte selbst blieb vorläufig unangetastet, die Frau ebenso unselbständig als vorher, daher die Fortdauer der väterlichen Gewalt, und wie wir annehmen, zuerst auch noch der spätere Eintritt der Manus. Es geht mit vielen Instituten so, daß sie in guter Absicht und aus guten Gründen eingeführt werden, in der Folge aber, wenn die Verhältnisse wieder andere geworden sind, entarten und mißbraucht werden. Die spätere Zeit kannte nur den Mißbrauch, oder es wurde derselbe mit Auflösung der alten Sitte und dem Hervortreten des Eigennutzes größer und gefährlicher. Und insofern kann man allerdings sagen, daß in der freien Ehe der Keim zum Verfall der römischen Familienverfassung lag.

Bei dem ersten Riß, der in dieselbe gekommen war, blieb es nicht. War anfangs vielleicht nur der sofortige Eintritt der Manus

bei dem Ausscheiden der Frau aus dem väterlichen Hause unbequem und nur in einzelnen Fällen, so wurde später die Manus selbst lästig und für die veränderten Verhältnisse unpassend. Der Staat griff ein und schützte Frauen und Kinder ebenso unmittelbar wie die Familienhäupter, und mit beginnender Auflösung des altrömischen Hauses übte zugleich die Familie der Frau einen stärkern Einfluß und beschränkte den Ehemann in der Ausübung seiner Gewalt (Cognatengerichte). Alle Gründe, die man angeführt hat, um den Ursprung der freien Ehe zu erklären, mögen später zusammen gewirkt haben, um sie zu verbreiten. Bald war es nicht mehr die Ehe allein, von wo sich die Civilfamilie lockerte, auch die Beschränkung der Patria Potestas, die ausgedehnte Anwendung der Testirfreiheit, die größere Selbständigkeit der Frauen überhaupt, die vollendete Umbildung der wirthschaftlichen Verhältnisse und seit dem zweiten punischen Krieg der rasche Verfall der Sitte: sie alle thaten das Ihre, um das alte Familienrecht zu sprengen und Institute wie die Manus unbequem zu machen. Nur daß dieselbe, weil die privatrechtliche Bedeutung der väterlichen Gewalt fortdauerte, sich nicht wie in Griechenland auflöste und in die freie Ehe überging, sondern daneben als privatrechtliches Institut fortbestand. Soweit es das eheliche Verhältniß mitbrachte, erhielt freilich der Mann auch in der freien Ehe eine Art Herrschaft, und einzelne Reste der hausherrlichen Gewalt, wie zum Beispiel das Recht, die im Ehebruch ertappte Frau zu tödten, gingen wirklich auf sie über, ebenso wie die väterliche Gewalt über die Frau, welche nicht in der Manus stand, dem Wesen der Ehe gemäß beschränkt wurde, so namentlich das Rückforderungsrecht oder die einseitige Scheidung von Seiten des Vaters. Gleichwohl blieben Manus und freie Ehe gesondert. Gerade die Einseitigkeit, womit die vermögensrechtliche Seite der Manus festgehalten wurde, mußte den Gegensatz zwischen ihr und der freien Ehe um so schärfer hervortreten lassen. Als bloßes Erwerbsmittel für den Mann paßte aber die Manus zu den spätern Verhältnissen so wenig wie die väterliche Gewalt, und es wird hiernach begreiflich, daß man bei Abschluß der Ehe regelmäßig nicht an die Begründung der Manus

dachte. Sie wäre nur eine Fessel gewesen, deren Wirkungen man nachmals auf allerhand Umwegen wieder hätte rückgängig machen müssen, vor Allem aber eine Beschränkung der Frau, die zu der veränderten Stellung derselben nicht mehr paßte. Darum waren es nicht mehr die Väter oder die agnatischen Vormünder allein, sondern auch die Frauen selbst, die sich der Manus widersetzten, weil damit ihre privatrechtliche Selbständigkeit aufgehoben wurde. Es darf uns also nicht befremden, wenn Tiberius sich genöthigt sah, selbst die civilen Wirkungen der Confarreation abzuschaffen. Für die veränderte Stellung der Frauen aber ist es charakteristisch genug, daß Cicero sagen konnte, früher hätten sie unter der Gewalt der Tutoren gestanden, jetzt ständen die Tutoren unter der Gewalt der Frauen.

Wie sich die persönliche Stellung der Frau änderte, so änderte sich auch das eheliche Güterrecht. Vor Allem wurde der Begriff der Dos ein anderer. Während sie ehedem etwas Factisches war, eine Bezeichnung des dem Manne zugebrachten Vermögens, gleichbedeutend mit res uxoria, wurde sie in der freien Ehe allmählich ein engerer Begriff. Sie war fortan das einzige Vermögen der Frau, woran der Mann gewisse Rechte erhielt: nur in ihr zeigte sich noch eine vermögensrechtliche Verbindung der Ehegatten. Alles übrige blieb dem Vater oder den Agnaten der Frau oder später ihr selbst vorbehalten, und es hing lediglich von ihrem guten Willen ab, ob und in wie fern sie den Mann daran Theil nehmen lassen wollte. Der Mann hatte für den Unterhalt der Frau und Kinder zu sorgen, und die Frau brachte dafür als Beitrag zu den Lasten der Ehe die Dos mit; eine weitere Gemeinschaft des Vermögens fand nicht mehr Statt.[143] An die Stelle der Gütereinheit trat die Gütertrennung. Hatte sich erstere zwar nur in Gestalt eines ausschließlichen Eigenthums des Mannes verkörpert, so lag darin immerhin eine der Natur der Ehe entsprechende Verbindung, und die Art, wie sie im Recht ausgedrückt wurde, war den ältern Zuständen vollkommen angemessen. Das System der Gütertrennung dagegen läuft dem Gedanken der Ehe zuwider. Alles Vermögen der Frau, die Dos ausgenommen, konnte nun eherechtlich in keinerlei

Weise an den Mann oder die Kinder gelangen: es wurde von der Ehe gar nicht berührt. Schwerlich hätte sich ein solches Güterrecht bilden können, wenn nicht die freie Ehe ursprünglich nur als Nothbehelf gegolten und neben ihr noch die väterliche Gewalt fortgedauert hätte. Unnatürlich wurde es erst, als aus dem Nothbehelf eine Regel wurde.

Aber auch der rechtliche Charakter der Dos änderte sich. Während ehedem der Mann durch die Manus ein unwiderrufliches Eigenthum an der Dos erhalten hatte, hörte das jetzt auf. Ein Eigenthum mußte er freilich erhalten, denn in anderer Weise war dem Römer eine Uebertragung von Gütern zu freiem Gebrauch und Genuß nicht denkbar. Aber es war durch die ihm gegebene Bestimmung und die Möglichkeit einer künftigen Wiederherausgabe wesentlich beschränkt. Eine solche Möglichkeit wurde zuerst für den Fall der Ehescheidung anerkannt, und zwar wie erzählt wird im Anschluß an den Fall des Carvilius Ruga, um die Frau gegen willkürliche Benachtheiligung von Seiten des Mannes zu schützen. Dann wurde ein Rückforderungsrecht der Frau bei freier Ehe für den Todesfall des Mannes anerkannt, wenn dieser versäumt hatte, die ökonomische Lage der Frau wie es die Sitte gebot durch letztwillige Verfügung sicher zu stellen (edictum de alterutro). Dann endlich wurde für den Todesfall der Frau auch ein Rückforderungsrecht des Vaters hinsichtlich der von ihm herrührenden Dos zugelassen, da sie in diesem Fall, wenn keine Kinder vorhanden waren, ihre Aufgabe erfüllt hatte.[144] Sobald also die Ehe durch den Tod des einen Theils oder wie es seit dem zweiten punischen Krieg öfters vorkam durch Scheidung getrennt wurde, stand der Rückfall in Frage. Starb die Frau, so mußte die Dos ihrem Vater herausgegeben werden, und nur wenn dieser nicht mehr lebte, blieb sie beim Mann, um sie den Kindern zu erhalten, die sonst von der Erbschaft ihrer Mutter ausgeschlossen worden wären. Auch gestattete die Sitte im Fall der Herausgabe Abzüge von der Dos (retentiones), so namentlich wenn die Dos dem Vater zurückgegeben werden mußte für jedes Kind ein Fünftel derselben.

Für die Herausgabe der Dos finden wir nun auch eine eigne

Klage ausgebildet, die actio rei uxoriae, ein Arbitrium mit der Formel quantum aequius melius est. Wie es scheint kam sie bald nach dem zweiten punischen Krieg in Gebrauch und steht mit der um diese Zeit häufiger werdenden Ehescheidung in unmittelbarem Zusammenhang. Als Arbitrium mit freiem richterlichem Ermessen ließ man sie später selbst da zu wo nach Civilrecht die Rückforderung ausgeschlossen, ein Gewinn der Dos durch den Mann aber gleichwohl unbillig oder unsittlich gewesen wäre. Und dies war auch bei der Mannsehe der Fall, wenn sie der Mann ohne Grund aufheben und die eingebrachte Mitgift zurückbehalten wollte. Lag eine Schuld der Frau vor, so war der Mann wieder durch Retentionseinreden geschützt, und ebenso fanden solche zu Gunsten der Kinder Statt; war die Frau ohne Schuld, so hätte sie umgekehrt keine Rechtshülfe gehabt. Dafür sollte zunächst die actio rei uxoriae dienen. Der Name scheint auf eine Zeit zu deuten, wo die Dos sich noch nicht als engerer Begriff aus dem Frauengut ausgeschieden hatte, die Manus also wohl noch die Regel bildete oder vom Recht als solche vorausgesetzt wurde.

Mit dem Aufkommen der freien Ehe kamen zugleich verschiedene Arten der Dos auf. Ursprünglich gab es keine andere als die vom Vater bestellte, denn bei der Geschlossenheit des römischen Hauses hatte Niemand eine Disposition über Vermögen als das Familienhaupt oder der agnatische Vormund. In diesem Sinn war jede Dos eine profectitia, die Aussteuer, welche die Tochter aus dem väterlichen Hause mitbrachte und worauf die Sitte ihr ein Recht beilegte. Eine andere wurde erst möglich, als sich die vermögensrechtliche Einheit des Hauses aufzulösen begann und neben dem Ehemann oder Vater auch die Frau über Vermögen verfügen konnte. Das aber war nur in der freien Ehe der Fall. Seitdem konnte die Mutter oder ihr Vater der Tochter so gut eine Dos bestellen als der Vater oder väterliche Großvater. Zum Unterschied von der eigentlichen Dos nannte man diese eine adventitia, weil sie gleichsam von Außen hereinkommt, nicht von dem väterlichen Haus der Tochter ausgeht. Später hieß jede Art von Dos adventitia, die keine profectitia war, auch die von der Frau selbst

durch Datio oder Dictio bestellte, wenn sie die freie Verwaltung ihres Vermögens hatte. Im Uebrigen war das Recht das gleiche. Ein Unterschied bestand nur hinsichtlich der Restitutionspflicht, indem eine solche Dos in jedem Fall, wo die Ehe durch den Tod der Frau getrennt wurde, bei dem Manne blieb, während dies bei der profectitia nur dann geschah, wenn der Vater oder väterliche Großvater nicht mehr lebte. Doch wurde es gerade für die adventitia immer häufiger, sich den künftigen Rückfall derselben durch besondere Stipulationen und Cautionen zu sichern. Behielt sich der dritte Besteller für den Fall der Auflösung der Ehe selbst den Rückfall vor, so hieß die Dos eine recepticia. Stipulationen und Cautionen wurden aber auch außerdem gebraucht bei jeder Art von Dos, um das gesetzliche Rückforderungsrecht näher zu bestimmen und zu erweitern. Die Klage daraus hatte den Vortheil, daß sie auf die Erben des Berechtigten überging, während die actio rei uxoriae nur der Frau oder Namens derselben dem Vater zustand, sowie daß der Mann, weil sie stricti iuris war, nicht in derselben Weise die Retentionseinreden geltend machen konnte.[145]

So ergriff der Geist der Trennung, wie es mit der Auflösung der Familie nicht anders sein konnte, nach und nach auch das Dotalrecht, worin sich bis dahin immerhin eine Art ehelicher Güterverbindung gezeigt hatte. Die Dos hörte auf, eine Familienstiftung zu sein; sie war nur für den Zweck der Ehe und darum auch nur für die Dauer derselben bestimmt. Die Juristen der Kaiserzeit mochten deshalb wohl die Frage aufwerfen, wem denn eigentlich das Eigenthum daran zustehe, denn ein Eigenthum auf Zeit war nach römischen Begriffen streng genommen undenkbar, und die Glossatoren hatten so Unrecht nicht, wenn sie in ihrer Naivetät ein doppeltes Eigenthum annahmen, ein civiles des Mannes und ein naturales der Frau.[146] Ja in manchen Punkten zeigt sich allerdings das künftige Eigenthum der Frau (oder ihrer Erben) schon während der Ehe wirksam, so darin daß ihr etwaige Accessionen der Dos mit restituirt werden müssen, daß sie den Zufall trägt, die Hälfte eines in Dotalgrundstücken gefundenen Schatzes erhält, wegen dieser Grundstücke im Prozeß von Real-

caution befreit wird, bei Eviction von Dotalsachen selbst eine Klage hat und dergleichen mehr. Erinnern wir uns dazu an das Verbot der Schenkungen unter Ehegatten, das so alt es sein soll doch erst seit der Verbreitung der freien Ehe entstanden sein kann, so wird man zugeben, daß das System der Gütertrennung nicht leicht vollständiger durchgeführt werden konnte. Wie man auch das Verbot mit der „rechten ehelichen Gesinnung" in Einklang bringen mag, schon das bloße Vorhandensein desselben beweist, daß die Ehe mißbraucht worden ist. Denn entweder betrachteten die Eheleute ihre Habe nicht als Sondergut, dann wäre man nicht auf den Gedanken einer Schenkung gekommen, oder sie thaten es doch, dann hätte gerade die Möglichkeit einer Schenkung das Unsittliche einer solchen Auffassung wieder gemildert. In keinem Fall würde sich ein ausdrückliches Verbot als nothwendig herausgestellt haben. Auch waren die römischen Juristen keineswegs so einig über den Grund desselben, als die heutigen sind, um es zu rechtfertigen.[147] Das Seitenstück dazu bilden die Klagen, die dem einen Ehegatten gegen Diebstahl des andern gegeben wurden, zuerst nur dem Mann (außer der Retentionseinrede), dann auch der Frau. Sie werfen ein eigenthümliches Licht auf die rechte eheliche Gesinnung, die Puchta der römischen Ehe nachrühmt, und es macht dabei keinen Unterschied, daß man wenigstens die infamirende actio furti ausschloß, wo man überhaupt keine eigentliche Entwendung hätte annehmen sollen. Es waren eben Consequenzen des Princips der Gütertrennung.

Die weitere Ausbildung des Dotalsystems, die zum Theil sehr fein und künstlich ist, aber doch nirgends ihren obligatorischen Charakter verläugnet, gehört nicht weiter hierher. Es kam uns nur auf die Grundgedanken an, von welchen dasselbe ausgegangen ist, und auf ihre spätere Umkehr in das Gegentheil. Hätte sich in Rom die sittliche Bedeutung der Ehe erhalten, so würde sich damit zur Noth auch das Dotalsystem vertragen haben. Denn die Familie hat wie alle Verhältnisse, die über dem Recht stehen, das Eigenthümliche, daß sie ihre Reinheit und Würde unter jeder Form des Rechts bewahren können. Darauf berufen sich nun auch die

Romanisten, wenn sie vorgeben, das eheliche Güterrecht der Römer habe durch die Sitte seine höhere Weihe empfangen und vertrage sich so gut mit einer wahren Lebensgemeinschaft wie das deutsche. So gern wir Letzteres mit einigen Einschränkungen als möglich einräumen, so entschieden müssen wir das Erste in Abrede stellen. Seinen eigentlichen Inhalt empfing allerdings das Dotalrecht durch die Sitte und das Leben, aber diese waren seit Ende der Republik in vollster Auflösung begriffen. Die klassischen Juristen freilich, in denen die alte Integrität des römischen Lebens noch einmal aufleuchtete, hielten den Gedanken einer sittlichen Gemeinschaft in ihren Definitionen der Ehe fest, und ihre Erklärung derselben als **divini et humani iuris communicatio, consortium omnis vitae, individua vitae consuetudo** ist die schönste und beste, die das Alterthum hervorgebracht hat. Aber wir dürfen uns durch diesen Schein nicht täuschen lassen. Aus dem Leben war er mit einzelnen Ausnahmen verschwunden, und eben darum sagte der spätern Zeit die Trennung des beiderseitigen Vermögens vollkommen zu. Deshalb das Dotalrecht mit seiner Masse von Cautelen und Sicherheitsmaßregeln, die alle darauf abzwecken, die Ehegatten vor gegenseitiger Uebervortheilung zu schützen. Daher die Bestimmung, daß die Frau auch durch besondern Dotalvertrag nicht vor Auflösung der Ehe dem Mann die Rückzahlung der Dos gestatten darf, nicht zu ihrem Nachtheil statt der Dotalsachen andere annehmen oder ganz auf die Rückgabe verzichten kann; ebenso wie umgekehrt kein Vertrag statthaft ist, wonach die Früchte der Dos künftig vom Mann mit restituirt werden sollen. Deshalb auch nicht der leiseste Versuch, später als die Frauen selbständig geworden und nicht mehr durch die väterliche Gewalt oder Vormundschaft beschränkt waren, eine Form zu schaffen, in der ein gemeinschaftliches Güterrecht möglich gewesen wäre. Zuerst als die freie Ehe aufkam, konnte es wegen der Fortdauer der väterlichen Gewalt nicht geschehen, der spätern Zeit aber fehlte die Kraft dazu. Es gab keine Einheit des ehelichen Lebens mehr, die das Bedürfniß nach einem solchen Güterrecht hervorgerufen hätte. Immer waren nur drei Fälle möglich: die Manus, dann erwarb die Frau dem Mann; die freie

Ehe mit väterlicher Gewalt, dann erwarb sie dem Vater; oder völlige Gewaltfreiheit (durch Emancipation oder nach dem Tod des Vaters), dann erwarb sie für sich. Es hätte aber einer umgebildeten Manus bedurft, in der eine rechtliche Verbindung des beiderseitigen Vermögens möglich gewesen wäre. Daß es dazu nicht kam, hat ohne Zweifel zugleich in der Fortdauer der väterlichen Gewalt über die Verheirathung der Tochter hinaus seinen Grund. Denn je häufiger die freie Ehe wurde, desto regelmäßiger dauerte auch die väterliche Gewalt fort, und mit dieser war eine solche Verbindung nicht verträglich.

Es ist wahr, das Dotalsystem hätte mit einer ehelichen Gemeinschaft bestehen können, wenn es durch die Sitte eine andere Bedeutung empfangen hätte. Aber gerade das war nicht der Fall: dem getrennten Güterrecht entsprach ein getrenntes eheliches Leben. Wohl hat Puchta Recht, wenn er meint, mit dem Gedanken der Lebensgemeinschaft sei noch nicht gesagt, daß sie in eine rechtliche Form gebracht oder zu einer rechtlichen Nothwendigkeit werden müsse. Aber es ist damit gesagt, daß es geschehen kann, und daß ein Volk, welches in seinem Recht die Möglichkeit dafür gewährt, höher steht als ein anderes, welches diese Möglichkeit ausschließt. Denn jedes sittliche Bedürfniß verlangt Anerkennung vom Recht, und es klingt fast wie Hohn, wenn man als Vorzug des Dotalsystems seine größere Eleganz und leichtere Durchführbarkeit anpreist. Freilich, sobald es zur Klage zwischen Eheleuten kommt, ist die Ehe jedesmal schon vorher zerrissen, bei dem System der Güterverbindung nicht weniger als bei dem der Gütertrennung; wie auch das Recht eingreift, so oder so, die einmal gestörte Ordnung wird nicht wieder hergestellt. Von der Seite des äußern Zwangs kann kein System einen Vorzug vor dem andern ansprechen. Aber es ist doch ein großer Unterschied, ob das eheliche Güterrecht der Gegenwart die unendliche Mehrzahl der Fälle oder die wenigen seltenen Ausnahmen vor Augen hat.

Will man das eheliche Güterrecht der Römer mit dem Wesen der Ehe in Einklang bringen, so kann es nur dadurch geschehen, daß man deutsche Anschauungen in die römischen Institute hinein

trägt und letztere mit einem Inhalt erfüllt, den sie in Wahrheit nicht hatten.[148] Denn die Ausbildung des Dotalsystems fällt erst in die spätere Zeit, sie geht Hand in Hand mit der freien Ehe und dem Verfall der Sitte. Nicht bloß die Civilfamilie löste sich auf, wie es unter den veränderten Verhältnissen natürlich war, sondern die Familie überhaupt, auch die cognatische. Das Dotalsystem gab diesem Verfall nur einen vermögensrechtlichen Ausdruck. Wie die Sitte von keiner ehelichen Lebensgemeinschaft mehr wußte, so hatte auch das Recht keine Formen mehr dafür.

So wenig aber das spätere Recht dem der ältern Zeit entsprach, ebenso wenig kann es einem andern Volk zusagen, das trotz seiner wirthschaftlichen Fortschritte im Ganzen der alten Sitte treu geblieben und mit steigender Entwicklung umgekehrt auch zu einer Steigerung der ehelichen Gütergemeinschaft gelangt ist. Unsere wirthschaftlichen Verhältnisse sind andere geworden, die sittlichen noch nicht. Darum bedurfte es im Mittelalter nur einer zeitgemäßen Milderung der Munt, wie sie Cultur und Sitte forderten, für das Vermögen aber konnte man sie fortdauern lassen, während die Manus in Rom eben deshalb aufgehoben wurde. Der Zug der Entwicklung, der in den Städten nach einer innigern Verbindung des beiderseitigen Vermögens strebte, lief den Grundsätzen des neu aufgenommenen römischen Rechts direct entgegen. Unser Recht hat nicht nöthig, eine solche Verbindung positiv zu verlangen, aber es soll die Gütertrennung nicht als selbstverständlich und dem Zweck der Ehe gemäß behandeln. Ist wirklich der Zusammenhang von Recht und Sitte im Familienrecht ein besonders inniger, so ist er das bei uns nicht minder wie in Rom. Darum entspricht der römischen Ehe die Gütertrennung, der deutschen die Gütereinheit oder Gütergemeinschaft. Es ist vergebene Mühe, uns glauben zu machen, daß für die rechte eheliche Gesinnung besser das römische System passe, das unsere dagegen sich indifferent zu ihr verhalte. Nirgends ist der Unterschied zwischen römischer und deutscher Sitte größer als hier, nirgends daher eine unmittelbare Uebertragung des römischen Rechts bedenklicher. So gut die Sitte auf das Recht einwirkt, so gut muß auf die Länge

der Zeit das Recht auch auf sie zurückwirken. Darüber mag man sich nicht täuschen. Es ist möglich, daß ein ächtes Familienleben mit sittlicher Gemeinschaft sich trotz einem zersetzenden Vermögensrecht eine Zeit lang noch erhält, aber es ist unmöglich, daß die allgemeine Durchführung dieses Rechts nicht mit einer Gefahr für dasselbe verbunden sein sollte.

Eine ähnliche Entwicklung wie bei dem ehelichen Güterrecht hat bei der väterlichen Gewalt Statt gefunden. Das ursprüngliche Verhältniß, wie es der ältern Zeit natürlich war, wurde allmählich der veränderten Cultur der spätern angepaßt. Nur daß bei der Ehe die vermögensrechtliche Einheit zuletzt aufgehoben wurde, während man sie für die Stellung des Vaters zu den Kindern grundsätzlich festhielt. Die Fortbildung des ehelichen Güterrechts schloß sich eben an die freie Ehe an, während es für die Umgestaltung des Vermögensrechts zwischen Vater und Kindern an einem Anknüpfungspunkt fehlte. Im einen wie im andern Fall erwies sich das römische Recht unfähig, etwas Neues zu schaffen, was den Zuständen der spätern Zeit ebenso angemessen gewesen wäre wie das Alte denen der frühern.

Bei der Ehe zeigte sich die Unfähigkeit darin, daß man nicht ihren sittlichen Begriff festhalten und unbeschadet desselben ein Vermögensrecht finden konnte, wie es die spätern wirthschaftlichen Zustände verlangten; bei der väterlichen Gewalt, daß man umgekehrt ihr altes vermögensrechtliches Princip nicht aufgeben und ein anderes an seine Stelle setzen konnte, wie es die Sitte der spätern Zeit verlangte. Es wurde nur die Strenge und Härte der Patria Potestas aufgehoben, soweit sie gegen die Person der Kinder gerichtet war, das Recht der Aussetzung, des Verkaufs, der Tödtung, bis in der Kaiserzeit die letzten Reste der patriarchalischen Gewalt schwanden nnd Marcian fast in christlichem Sinn sagen konnte: patria potestas in pietate debet, non in atrocitate consistere;[149] aber sie wurde nicht aufgehoben, soweit sie die Vermögensunfähigkeit der Kinder, auch über die Dauer ihrer natürlichen Hülfsbedürftigkeit hinaus, zum Inhalt hatte. Wenigstens

nicht im Princip. Und gerade dies hätte nach unserer Anschauung geschehen sollen. Den alten Grundsatz, daß die Kinder, gleichviel ob minderjährig oder nicht, kein eignes Vermögen haben und nur dem Vater solches erwerben können, mußte man brechen, sobald Arbeit und Capital als selbständige Productivkräfte neben den Grund und Boden traten. Aber die väterliche Gewalt blieb was sie von Anfang an gewesen, ein reines Recht, das durch keine Rücksicht auf den Vortheil der Kinder beschränkt und nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge erst mit dem Tod des Vaters beendet wurde. Auch für die Tochter war es im Wesentlichen nicht anders, denn die Manus trat nur an die Stelle der väterlichen Gewalt. Für die ältern Zustände mochte das zweckmäßig sein, ja der Vortheil der Kinder wurde indirect durch ihre unbedingte Unterordnung unter das Haus und ihre längere Unselbständigkeit vielleicht am besten gewahrt; für die spätere Zeit, die weder die Geschlossenheit der alten Familie, noch die Beschränkung des Erwerbs auf den Ackerbau mehr kannte, war es ein reiner Anachronismus. Ohne Zweifel bildete die absolute Natur, die der hausherrlichen Gewalt in Rom von jeher eigen war, die Einseitigkeit, womit man sie zum Grundbegriff des Privatrechts machte, ein unübersteigliches Hinderniß. Und dazu kam, daß auch das gesammte wirthschaftliche System des Alterthums auf dem einzelnen Haus und nur auf diesem beruhte: es blieb in Verbindung mit der Sclaverei die ausschließliche Grundlage aller Production, wie uns das Wort Oekonomie noch heute beweist.[150] Je mehr die Patria Potestas nach ihrer innern Seite sich abschwächte und der Aufsicht des Staats unterworfen wurde, desto mehr scheint man geglaubt zu haben, ihre privatrechtlichen Folgen festhalten zu müssen.

Wir haben oben schon angedeutet, wie die väterliche Gewalt in Rom und bei uns von Haus aus verschieden aufgefaßt wurde: dort ein Gewaltverhältniß, ähnlich dem über Sclaven, der Natur der Sache nach zwar auch zum Schutz der Kinder, rechtlich aber als reine Herrschaft gedacht, unbeschränkt und einseitig, daher so lange der Vater lebt; hier Gewalt und Schutz zugleich, verschieden von der Gewere über Sclaven, kein bloßes Recht des Vaters,

daher auch von beschränkter Dauer. Die Härte und Strenge, der wir im ältesten römischen Recht begegnen, bestand zwar bei uns auch, allein das Christenthum hat sie relativ weit früher gemildert als in Rom. Und die natürliche Beschränkung, von der unser Recht ausging, ließ es nie zu einer solchen vermögensrechtlichen Gewalt kommen wie dort. So gleichartig darum die Anfänge beider Rechte aussehen, es waren doch schon die Keime der Entwicklung verschieden, und noch mehr mußte diese in ihrem weitern Verlauf auseinander gehen. Der Gedanke, daß die väterliche Gewalt wie ein anderes Vermögensrecht veräußert werden könne, ist dem deutschen Recht stets fremd geblieben. Wohl durfte der Vater auch bei uns seine Kinder verkaufen, aber doch nur im Fall der Noth, wenn er nicht im Stande war, sie zu ernähren;[161] und das Recht des Verkaufs hatte wie die väterliche Gewalt selbst seine zeitliche Grenze; es hörte bei den Knaben mit erreichter Mündigkeit, bei den Töchtern mit der Verheirathung auf. Immer hielt man daran fest, daß die väterliche Gewalt zugleich ein natürliches Schutzverhältniß sei, das unter Umständen wohl vom Vater gelöst, aber nicht wie ein Vermögensobject lediglich zu seinem Vortheil benutzt werden könne.

Dagegen hat sich in Rom die Datio in Mancipium früh zu einem förmlichen Rechtsinstitut ausgebildet, dem die Kinder auch nach erreichter Mündigkeit unterworfen blieben. Wie man Leibeigne durch Mancipation auf einen Andern übertrug, ebenso konnte man seine Kinder von einem Andern mancipiren lassen. Die Identität der dabei üblichen Formen läßt uns schließen, daß man das erworbene Recht dem Eigenthum analog behandelte: es war ein Verkauf gleich dem der Knechte. Indeß gewisse Schranken finden wir doch auch in Rom. Bereits die zwölf Tafeln enthielten die Bestimmung, daß der Sohn nur dreimal vom Vater verkauft werden dürfe, das heißt er fiel, wenn wir die Nachricht bei Gajus damit verbinden, nach Ablauf von fünf Jahren in die väterliche Gewalt zurück und wurde, wenn sich dies zweimal wiederholt hatte, zum dritten Mal frei.[162] Nur wenn sich der Vater die Remancipation vorbehalten hatte, sollte der Rückfall in seine Gewalt nicht

von selbst eintreten. Der Verkauf also nahm, wenn wir so sagen dürfen, die Natur einer Dienstmiethe an; hatte der Vater keine Zeitdauer dafür festgesetzt, so bestimmte das Gesetz eine solche; in keinem Fall brauchte der Sohn länger als fünfzehn Jahre als Knecht für den Vater zu dienen. Hieraus wird klar, in welcher Weise sich die Sitte der Mancipation bedienen mochte. Arme Familien mußten ihre Kinder so gut zum Dienen hergeben wie bei uns, und es ist anzunehmen, daß in der ältesten Zeit die Mancipation wohl auch im Interesse der Kinder geschah, ähnlich wie noch heut zu Tage selbst Bauernsöhne ein paar Jahre auf fremden Gütern dienen um zu lernen. Mit der gesetzlichen Beschränkung des Verkaufsrechts wurde zugleich die Lage der Mancipio Dati eine andere, und dies drückt sich auch im Sprachgebrauch aus. Die Kinder kamen zwar gleich den Sclaven in eine fremde hausherrliche Gewalt, aber sie waren keine eigentlichen Knechte mehr, nicht mancipia, sondern nur mancipii loco. Für die ältern Zustände stellte sich das Verhältniß als sehr natürlich heraus: das Gesinde wurde damit in die Familie der Herrschaft aufgenommen. Wissen wir, daß selbst Leibeigne wie Familienglieder behandelt wurden, so kann die Stellung des freien Gesindes nicht schlechter gewesen sein. Später konnte der Herr wegen Mißhandlungen sogar mit der actio iniuriarum belangt werden, und Gajus versäumt nicht, ausdrücklich darauf aufmerksam zu machen. So bildet das Mancipium den Uebergang aus der patriarchalischen in die spätere Zeit. Aehnlich wie auch wir nicht gleich zur freien Dienstmiethe übergesprungen sind, sondern den Uebergang von der Leibeigenschaft durch allerlei Zwischenstufen, wie Dienstzwang, Lohntaxen und andere polizeiliche Vorschriften vermittelt haben.

In der Folge wurde das Mancipium seltner; zu Gajus' Zeit scheint es, den Fall der noxae datio ausgenommen, keine selbständige Bedeutung mehr gehabt zu haben. Es kamen andere freiere Formen auf, wie die locatio conductio operarum, die dem bewegten großstädtischen Leben besser zusagten, wiederum genau wie bei uns, wo sich vor Allem in den großen Städten die Zeitdauer der Miethe mehr und mehr verkürzt und daher auch der

obligatorische Charakter des Verhältnisses immer reiner ausgebildet hat. Ein eigentliches Gesindewesen aber konnte sich in Rom wegen der Sclaverei nicht entwickeln.

Die Mancipation erhielt sich im Familienrecht zuletzt nur noch als Form zur Vornahme anderer Geschäfte, namentlich der Emancipation und Adoption. Die letztere scheint ursprünglich nur in Gestalt einer Arrogation möglich gewesen zu sein, durch Beschluß der Curiatcomitien, um das Aussterben patricischer Gentes zu verhüten. Indeß findet sich schon früh auch die Datio in Adoptionem, Uebertragung der väterlichen Gewalt durch den Vater auf einen Andern. Der Gedanke fremde Kinder als eigne anzunehmen ist unter gewissen Voraussetzungen so natürlich, daß er sich bei den verschiedensten Völkern und zu den verschiedensten Zeiten findet; nur die Art seiner rechtlichen Durchführung ist nach Zeit und Ort verschieden: in Rom konnte er keine andere Form als die einer Uebertragung durch freien Willensact annehmen. Hier diente nun die Mancipation zur Vermittlung: bei dem Sohn war dreimalige, bei den übrigen Sui einmalige Mancipation mit nachfolgender Injurecession erforderlich.[153] Der Adoptirte schied damit aus seiner bisherigen Civilfamilie aus und ging in die des Adoptivvaters über; dort verlor er die Agnationsrechte, hier erwarb er sie.

In der Kaiserzeit, seit der Auflösung des Agnatenverbands, wurde das Verhältniß ziemlich willkürlich umgestaltet, auf der einen Seite erweitert, zum Beispiel durch Zulassung einer Adoption durch Frauen, auf der andern beschränkt, indem man die möglichen Nachtheile, welche die Adoption für die Adoptirten haben konnte, zu beseitigen suchte. Auch die Formen der Adoption wurden freier und einfacher. Justinian führte eine adoptio minus plena ein, welche die natürliche Verwandtschaft gar nicht alterirte, sondern nur ein Intestaterbrecht des Kindes gegen den Adoptivvater begründete; die volle Wirkung der Adoption sollte nur dann eintreten, wenn das Kind von einem leiblichen Ascendenten adoptirt wurde. Unserer deutschen Sitte sagt nur eine Annahme an Kindes Statt zu, wobei der Adoptirte auch der Mutter gegenüber Kindesrechte erlangt, von der weitern Verwandtschaft aber ausgeschlossen

bleibt. Es entspricht ihr weder die altrömische, noch die modificirte Justinianische Adoption, jene nicht, weil sie einseitig auf die väterliche Gewalt und den Agnationsverband gestellt ist, diese nicht, weil sie zu wenig enthält und kein eigentliches Kindesverhältniß erzeugt.

Jünger als die Adoption ist die Emancipation, eine künstlich erfundene Form, um der väterlichen Gewalt überhaupt ein Ende zu machen. Sobald durch Datio in Adoptionem die Möglichkeit einer Uebertragung der väterlichen Gewalt ausgebildet war, lag der Gedanke nah, das Mancipium auch zur Aufhebung derselben zu benutzen. Man brauchte nur an das alte Gesetz anzuknüpfen, daß ein Sohn, welchen der Vater dreimal verkauft habe, von der väterlichen Gewalt frei werde, und an die Stelle des wirklichen einen dreimaligen Scheinverkauf zu setzen, den dritten mit Pactum Fiduciä auf Rückmancipation, worauf der Sohn mancipii loco durch einfache Freilassung aus der Gewalt entlassen wurde. Bei Tochter und Enkel war nur einmalige Mancipation mit Vorbehalt der Rückmancipation nöthig. Wann und bei welcher Gelegenheit diese künstliche Zerstörung der väterlichen Gewalt zuerst aufgekommen sei, wissen wir nicht, vermuthlich bald nach der Zeit der zwölf Tafeln und zu dem Zweck, Nachtheile zu verhüten, welche die Suität im einzelnen Fall für den Vater oder das Kind haben konnte. Nur soviel ist sicher, daß sie erst einer Zeit angehört, in der die alten patriarchalischen Zustände sich schon wesentlich geändert hatten. Das verräth schon die künstliche Form, die den Mangel einer Vindication für die Freiheit von väterlicher Gewalt voraussetzt, wie der Gedanke selbst, ein natürliches Verhältniß willkürlich zu beendigen. Doch muß sie zu Anfang des vierten Jahrhunderts vor Christo bereits üblich gewesen sein, wenn anders die Erzählung bei Livius richtig ist, daß sie von Licinius Stolo zur Umgehung seines eignen Gesetzes gebraucht worden sei.[154] Durch die Emancipation war nun allerdings ein Mittel gegeben, der Vermögenslosigkeit und Erwerbsunfähigkeit der Sui ein Ende zu machen. Allein einmal hing die Entlassung aus der Gewalt von dem freien Willen des Vaters ab, dann aber wäre sie zu diesem

Zweck wieder über das Ziel hinausgegangen, indem sie zugleich die Agnationsrechte, also auch das gesetzliche Erbrecht des Kindes aufhob. Die Cognation blieb zwar bestehen, allein diese gewährte erst später und nur sehr mangelhaft einen erbrechtlichen Anspruch (bonorum possessio unde liberi).

So fügt sich die Emancipation wohl als Glied in die Reihe der Aenderungen, durch welche mit fortschreitender Entwicklung die alte Familie gelockert und aufgelöst wurde. Aber das Bedürfniß der spätern Zeit, den Kindern, die ihren eignen Haushalt hatten, vermögensrechtliche Selbständigkeit zu gewähren und nur dies, wurde nur sehr unvollkommen dadurch befriedigt.

Für diesen Zweck diente vielmehr von jeher ein anderes Institut, das Peculium, wodurch der Sohn wenigstens factisch eine eigne Vermögensverwaltung erhielt. Daß dann ein solches einmal bewilligtes Sondergut nicht willkürlich vom Vater wieder eingezogen werde, wie es rechtlich jederzeit zulässig war, mochte die Rücksicht auf die Sitte verhindern. Da die väterliche Gewalt dabei unangetastet blieb, entsprach das Peculium den Grundsätzen des Rechts weit besser als die Emancipation. Es ist darum auch viel älter als sie. Das zeigt vor Allem der alterthümliche Name, der noch auf eine Zeit des Ackerbaus mit überwiegender Viehzucht deutet. Wie es ursprünglich nur eine Art von Dos gab, die profectitia, so gab es auch nur eine Art von Peculium, das vom Vater dem Sohn (oder Sclaven) eingeräumte, womit derselbe so lange es dem Vater beliebte eine Sonderwirthschaft führte, peculium profectitium. Factisch galt der Sohn als vollkommen selbständig, ja es wurden, als Handel und Gewerbe an die Stelle des Ackerbaus traten, Rechtsmittel eingeführt, aus denen Dritten gegenüber auch der Vater verpflichtet wurde. Ohne das wäre später kein eignes Geschäft der Söhne oder Sclaven möglich gewesen. Indeß blieb die Selbständigkeit immer von dem guten Willen des Vaters abhängig; er konnte jeden Augenblick das Peculium sammt dem Gewinn wieder einziehen, und wenn die Sitte dies als unstatthaft verwarf, so war es doch bei dem ganzen Institut wieder mehr auf den Vortheil des Vaters wie der Kinder

abgesehen: mit dem Tod der letztern fiel das Vermögen von selbst an den Vater zurück. Die Gleichstellung der Kinder mit den Sclaven zeigt am besten, was für ein Gedanke das Institut beseelte; möglichst großer Erwerb des Herren, nicht wirthschaftliche Selbständigkeit des Unterworfenen war der Zweck desselben.

Nur für einzelne Vermögenstheile entwickelte sich in der Kaiserzeit allmählich auch eine rechtliche Selbständigkeit der Kinder. Durch das peculium castrense, seine Nachbildungen und Erweiterungen wurde auf einem Umweg allmählich das erreicht, wozu man im Anschluß an die veränderten Verhältnisse schon in den letzten Jahrhunderten der Republik hätte gelangen können. Die unscheinbare Bestimmung August's, daß der Haussohn über das was er im Kriegsdienst erworben frei testiren könne, hob zuerst den Grundsatz auf, daß der Sohn nur für den Vater, nicht für sich erwerben könne; an dies eine Privileg setzten sich dann eine Reihe weiterer an, so daß endlich unter Justinian der Sohn in Bezug auf eine ganze Anzahl bestimmter Erwerbszweige wie ein Paterfamilias angesehen wurde. Dazu kamen die Bestimmungen Constantin's und seiner Nachfolger über die bona adventicia der Hauskinder, wonach der Vater diese nicht mehr zu freiem Eigenthum, sondern nur noch zu lebenslänglichem Nießbrauch erwerben sollte. Sie halfen mit, das alte Princip vollends zu durchbrechen und schließlich auch die vermögensrechtliche Seite der väterlichen Gewalt in enge Grenzen zu ziehen. So erscheint das spätere Peculiensystem als consequent fortgehende Beschränkung der väterlichen Gewalt. Vom Standpunkt des alten Rechts dagegen bleibt es ein Complex singulärer Rechtsvorschriften, die freilich zuletzt nur den einen Satz übrig ließen, daß der Sohn nicht ex re patris für sich erwerben könne. Es ist nicht unsere Aufgabe, hier näher zu untersuchen, inwiefern die Bestimmungen über die bona adventicia noch heut zu Tag zeitgemäß sind, obwohl wir entweder auch einen Nießbrauch der Mutter oder unbedingte Herausgabe der Adventicien ohne Nießbrauch vorziehen würden. Dehnen wir aber die Bestimmungen über das castrense und quasi castrense peculium, wie es Particularrecht und Praxis thun, auf den Erwerb

durch Kunst und Wissenschaft, Handel und Gewerbe, Lohn- und Handarbeit aus, so gelangen wir zu einem Resultat, mit dem die Gegenwart leidlich zufrieden sein könnte. Denn der Gedanke, worauf diese neuen Peculien beruhen, ist der gleiche, von dem auch wir ausgehen: das durch selbständige Berufsarbeit Verdiente gehört dem Sohn, nicht dem Vater. Es ist aber doch ein Unterschied zu sagen, der Sohn erwirbt regelmäßig dem Vater, und nur ausnahmsweise, aus besondern Gründen und kraft besonderer Privilegien für sich, oder die umgekehrte Regel aufzustellen: die Kinder erwerben, sobald sie selbständig geworden sind, Alles für sich. Denn der heutige Gedanke ist kein singulärer, sondern ein allgemeiner. Jede Art von Erwerb, sofern er ein selbständiger ist, sich nicht auf Haus, Hof oder Geschäft der Eltern bezieht, von denen die Kinder noch mit unterhalten werden, ist ein freier, worauf die erstern keinen Anspruch haben, es sei denn in Nothfällen zur Alimentirung. Es bleibt dann kein Raum für ein Peculium, weder ein profectitium, noch ein castrense und quasi castrense; wir brauchen keine stillschweigende Emancipation mehr, — woraus Particularrechte in Verbindung mit dem sogenannten praemium emancipationis oft die wunderlichsten Rechtsbildungen gemacht haben, — sondern nur noch unsere väterliche Munt. Offenbar hat unser Recht den Gedanken des individuellen Privateigenthums hier reiner und schärfer entwickelt, als es dem Alterthum möglich war. Es ist derselbe, der beim Grundbesitz das Recht der Besserung begründet hat und worauf schließlich alles Capitaleigenthum zurückgeführt werden muß: Erwerb durch Arbeit oder Capitalverwendung. Wenn aber Jemand das, was er durch eigne Arbeit verdient, für sich erwirbt, so müssen es die Kinder gerade so wie die Eltern.

Auch in der Vormundschaft kehren die Analogien wieder, die wir ursprünglich im römischen und deutschen Familienrecht überhaupt finden. Daneben kommen natürlich zugleich wesentliche Verschiedenheiten in Betracht.

Die Aehnlichkeit liegt vor Allem im Begriff, von dem beide

Rechte ausgehen: dem Schutz wehrloser Personen und ihrer Vertretung. Das deutsche Recht ist länger dabei stehen geblieben, es kennt noch die Vertretung Erschlagener und des mit der Mutter getödteten ungebornen Kindes, bis sie gesühnt sind, wo wir von keiner Vormundschaft mehr reden; im römischen Recht zeigt er sich wenigstens noch im Namen, tutela, und in der Definition, welche die Juristen aufstellen, ius ac potestas . . . ad tuendum eum qui propter aetatem se defendere nequit. Wie auch Römer und Deutsche den Begriff später gefaßt haben, ob mehr als Vertretung oder mehr als privatrechtlichen Beistand (auctoritas), der Grund der Vormundschaft lag hier wie dort ursprünglich in der mangelnden Wehrfähigkeit. Daher in Rom wie bei uns neben der Altersvormundschaft, die mit erreichter Wehrfähigkeit aufhört, die Geschlechtsvormundschaft, die bis zum Tod der Frauen fortdauert, weil sie in einem bleibenden Zustand ihren Grund hat. In beiden Rechten tritt ferner der natürliche Zusammenhang der Vormundschaft mit der Familie und dem Erbrecht der Familie hervor, anfangs fester und inniger, bis er sich später allmählich löst und den Eingriffen des Staats Raum giebt. Denn die römische Agnatentutel ist im Wesentlichen nichts Anderes als unsere Familienvormundschaft, die tutores legitimi sind die gebornen oder „rechten" Vormünder des deutschen Rechts, und in diesem Sinn erscheint die Tutel überall nicht sowohl als Pflicht wie als Recht des Vormunds. In Rom wurde sie nur als ius agnationis oder patronatus aufgefaßt, oder da die Vormünder zugleich die nächsten Erben waren, als Conservationsmittel des künftigen Erbrechts. Das ist für die ältere Zeit nicht bloß das Natürliche, sondern auch für den Mündel das Vortheilhafteste: sein Interesse geht mit dem der Familie Hand in Hand und wird dadurch am besten gewahrt, daß der Vormund das gleiche hat.[155]

Auch die Termine der Mündigkeit stimmen in beiden Rechten ziemlich überein. Hier wie dort richteten sie sich bei Knaben zuerst nach der individuellen körperlichen Reife, bis statt dessen bestimmte Altersstufen festgesetzt wurden, in Rom das vollendete vierzehnte Jahr, in Deutschland meist das vollendete zwölfte mit der Zugabe

von Jahr und Tag (13 Jahre 6 Wochen und 3 Tage). Doch schwanken unsere Rechtsquellen; im Allgemeinen lassen die ältern Gesetze die Mündigkeit früher eintreten als die spätern. Als das Leben künstlicher und verwickelter, die Vermögensverwaltung schwieriger wurde, machte sich in Rom wie bei uns ein Bedürfniß geltend, die Mündigkeit weiter hinaus zu schieben. Einzelne Stamm- und Stadtrechte verlegten den Termin der Mündigkeit oder gewisse Wirkungen derselben auf ein höheres Alter, in einem großen Theil von Deutschland aber, besonders in den Ländern des sächsischen Rechts, ergriff man denselben Ausweg wie in Rom: man gestattete den Kindern nach erreichter Mündigkeit noch eine Zeit lang einen Vormund beizubehalten. Aus der Erlaubniß wurde allmählich ein directer oder indirecter Zwang, der freiwillig gekorne Vormund (curator) zu einem nothwendigen und gesetzten. So bildeten sich auch in Deutschland zwei Altersstufen: zu seinen Jahren und zu seinen Tagen kommen, ein Unterschied, der nach seiner Natur und Bedeutung dem römischen von pubertas und maior aetas vollkommen entspricht. In Rom war der Volljährigkeitstermin das vollendete 25., in Deutschland meist das vollendete 21. Jahr.

Wie die Anfänge, von denen beide Rechte ausgingen, vielfach übereinstimmen, so lief auch die spätere Entwicklung parallel. An eine Herübernahme römischer Sätze in das deutsche Recht ist dabei für die ältere Zeit nicht zu denken, wohl aber rief die Umbildung der Verfassung und des Vermögens, das stärkere Hervortreten der obrigkeitlichen Gewalt wie des Capitaleigenthums, ähnliche Wirkungen hervor. Das zeigt sich in der Veränderung, die mit dem Begriff und Charakter der Vormundschaft vorging, in der Anerkennung anderer Gründe neben der Vormundschaft, aus welchen Jemand zum Vormund berufen wird, und in der Ausbildung einer besondern Obervormundschaft, die in die Verwaltung der Vormünder eingreift, sie beaufsichtigt und controllirt. Während ursprünglich die Vormundschaft der Hauptsache nach in einer Beschützung Wehrloser besteht, die nur dem nächsten Agnaten zufallen kann, die Vermögensverwaltung dagegen Nebensache und nur die Folge jener Vertretung ist, gestaltet sich allmählich die Sache um-

gekehrt, die Vermögensverwaltung tritt in den Vordergrund und die persönliche Vertretung wird Folge dieser. Sobald der Staat den Schutz seiner Angehörigen übernimmt, wird der Familienschutz überflüssig; es bleibt nur das privatrechtliche Element übrig, dies aber macht sich mit steigendem Verkehr immer breiter und tiefer geltend. Das ist in Rom wie in Deutschland geschehen, und zwar im Ganzen ziemlich übereinstimmend. Als bei uns der Gedanke des Staats lebendig ward, daß der öffentliche Friede nicht deshalb ungeahndet verletzt werden dürfe, weil es etwa zufällig an einer Person fehlt, die als Rächer auftreten könne (wo kein Kläger, da auch kein Richter), mußte der Gedanke der alten Familienvormundschaft seinen Inhalt verlieren. Aber auch in Rom hörte mit der Veränderung des Kriegsdienstes, dem Wegfall des Census und der ganzen ältern Verfassung die Voraussetzung auf, worauf ursprünglich die Tutel beruhte: daß der welcher keinen Kriegsdienst leistet der politischen Rechte verlustig gehe und zu allen Geschäften unfähig sei, die in politischen Formen vollzogen werden. Die Wehrhaftigkeit wurde für die Vormundschaft gleichgültig, nur das war die Frage, ob Jemand im Stande sei, sein Vermögen zu verwalten. Aus diesem Grunde schwächte sich in beiden Rechten die Vormundschaft über Weiber mehr und mehr ab und konnte später wegfallen, während die Altersvormundschaft umgekehrt noch über die Mündigkeit hinaus erstreckt wurde: verwalten und haushalten kann eine Frau so gut wie ein Mann, nicht aber der eben erst mündig Gewordene so gut wie der Volljährige.[156] Wenigstens liegt kein Grund vor, die Handlungsfähigkeit der erstern principiell zu beschränken; sie wird in vielen Fällen eines Beiraths, aber keines Vormunds bedürfen. Daher erklärt sich, wie beide Rechte unabhängig von einander später die Mutter als Vormünderin über die Kinder zuließen: das römische Recht in der Kaiserzeit, das deutsche wenigstens schon vor Aufnahme des fremden Rechts. So unnatürlich eine solche Vormundschaft in der ältern Zeit gewesen wäre, wo die Frau selbst eines Schutzes bedurfte, so natürlich schien sie der spätern, wo der Schutz nicht mehr zum Begriff der Vormundschaft gehörte.

Eine weitere Analogie liegt in dem Aufkommen der testamentarischen und obrigkeitlichen Vormundschaft und in dem allmählichen Untergang der alten Agnatentutel. Nur daß wir keine eigentliche Delation und keine testamentarische Tutel (perfecta) im römischen Sinn gehabt haben. Aber der Unterschied von gebornen, gekornen und gesetzten Vormündern entspricht genau dem Unterschied von tutela legitima, testamentaria und dativa; und ebenso war die historische Ordnung, in welcher sich die drei Arten der Vormundschaft ausgebildet haben, dieselbe wie in Rom. Ursprünglich hat es gewiß auch hier nur eine Familienvormundschaft gegeben, allein die Zeit wo dies der Fall war liegt jenseit der beglaubigten Geschichte. Denn schon die zwölf Tafeln setzen das Recht des Vaters, über die Tutel seiner Sui zu testiren, als altes Recht voraus und lassen ihm dabei die nämliche Freiheit wie in der Verfügung über sein Vermögen. Die spätern Juristen bildeten dann noch eine testamentarische tutela imperfecta aus, bei welcher die Ernennung durch Testament an und für sich ungültig war, aber durch obrigkeitliche Confirmation aufrecht erhalten wurde. Vom Magistrat ernannte Vormünder, für den Fall daß weder ein gesetzlicher noch ein testamentarischer vorhanden war, kamen für Rom zuerst durch die lex Atilia, für die Provinzen durch die lex Julia et Titia auf, jene etwa zu Plautus' Zeit, diese unter Augustus.[157]

Aehnlich war der Gang der Entwicklung bei uns. Zwar haben wir vor Reception des römischen Rechts keine Testamente im römischen Sinn gehabt, allein die Auflösung der alten Familienverfassung rief auch bei uns, zumal in den Städten, das Bedürfniß einer letztwilligen Verfügung des Vaters über die Vormundschaft seiner Kinder hervor. Daher erkannten schon viele städtische Statuten dies Recht ausdrücklich an, während auf dem Land, wo das Leben einfacher und minder beweglich blieb, die alte Familienvormundschaft festgehalten wurde. Erst das spätere sächsische Recht ließ einen vom Vater gekornen Vormund zu, indeß wenn noch gesetzliche Vormünder da waren nur aus besondern Gründen. Gleichzeitig mit den gekornen Vormündern kamen die vom Richter

gesetzten auf, zunächst wie im römischen Recht da wo es an einem rechten oder vom Vater gewählten Vormund fehlte. Wir finden sie bereits in den Rechtsquellen des dreizehnten Jahrhunderts, am frühsten wieder in den Städten; anfangs überall mit Zuziehung der nächsten Verwandten, bis diese später wegfiel und endlich der Grundsatz herrschend wurde, daß jeder Vormund vom Richter gesetzt werden müsse, während ehedem eine Bestätigung der gebornen oder gekornen Vormünder so wenig nöthig war als in Rom. Damit mußte die Vormundschaft den Charakter einer Familiensache verlieren und zur Staatsanstalt werden; sie hörte auf ein Recht zu sein und wurde zu einer öffentlichen Pflicht (munus publicum), die nur im Interesse des Mündels übernommen und ausgeübt wird. Oder mit andern Worten: die Vormünder sind nicht mehr Stellvertreter der Familie, sondern des Staats.[168]

Endlich zeigt sich die Analogie in der Ausbildung der Obervormundschaft und dem allmählichen Wachsthum ihrer Befugnisse, Schritt vor Schritt, in demselben Maß, in welchem die Bedeutung der Familie schwindet und der Rechtsschutz des Staats dafür Platz greift. Die Anfänge einer solchen obervormundschaftlichen Gewalt sind von dem Augenblick an gegeben, wo eine obrigkeitliche Bestellung von Vormündern eintritt oder gesetzliche und testamentarische Vormünder von der Obrigkeit bestätigt werden. Daran hat sich in Rom wie bei uns eine Theilnahme der Behörden an der eigentlichen Verwaltung angeschlossen, die dann im Lauf der Zeit immer stärker geworden ist und zuletzt die Vormünder fast zu bloßen Beamten der Obervormundschaft gemacht hat. Nur ist hier der Unterschied, daß das römische Recht so zu sagen erst damit aufhörte, das deutsche aber gleich damit angefangen hat. Denn zu einer Obervormundschaft im heutigen Sinn ist es in Rom nie gekommen, und wenn man davon reden will, so kann es höchstens für die spätere Kaiserzeit geschehen; bei uns hingegen lag der Gedanke der Obervormundschaft schon in der königlichen Gewalt, sie ist es, die den Familienschutz ersetzt und frühzeitig eine Aufsicht über die Vormünder in Anspruch nimmt, wie sie ursprünglich nur die

Familie hatte, so daß wenigstens seit Karl's des Großen Zeit der König nicht bloß neben, sondern über der Familie steht.

Aber so eigenthümlich die Entwicklung in diesem Punkt war, so sehr in unserm Vormundschaftsrecht die Elemente einer relativ ältern und doch zugleich jüngern als der römischen Cultur durch einander laufen, im Ganzen war der Weg, den beide Rechte genommen haben, derselbe. Hier wie dort kam man mit dem Fortschritt zu künstlichern Verhältnissen auch zu künstlichern Rechtsinstituten, und ohne nähere Prüfung könnte man beide Rechte wenn nicht als übereinstimmend, doch als so nahe verwandt ansehen, daß für die Gegenwart vielleicht kein Unterschied wäre, ob man das römische oder deutsche zu Grunde zu legen hätte. Indessen handelt es sich immer nur um Analogien, und diese lassen neben der Aehnlichkeit auch wesentliche Unterschiede hervortreten. Wir dürfen sie nicht übersehen.

Vor Allem fällt der alterthümliche Charakter auf, den die deutsche Vormundschaft im Vergleich zur römischen bis an's Ende des Mittelalters festgehalten hat. Es hängt das mit der längern Fortdauer unserer ältern Verhältnisse überhaupt zusammen. Vertritt die Familie vielfach noch die Stelle des Staats, konnte bis an's Ende des Mittelalters von einer irgendwie verwickelten Vermögensverwaltung kaum die Rede sein, so mußte auch die Vormundschaft länger ihrem ältern Charakter treu bleiben und zunächst auf Vertretung des Mündels im Kampf und vor Gericht ausgehen. Der römische Ausdruck Tutel und die Legaldefinition der Juristen deuten wohl noch auf diese frühere Zeit, allein doch nur dem Wort, nicht mehr der Sache nach. Von einem gesetzlich anerkannten Fehderecht, von Wergeld, Composition, Eideshülfe und Kampfgerichten finden wir in der römischen Geschichte wie im antiken Staat überhaupt keine Spuren mehr, weshalb die öffentliche Seite des vormundschaftlichen Schutzes viel weniger ins Gewicht fällt. Bei uns wird durch den Ausdruck Munt (manus) noch eine Periode angedeutet, in der noch gar keine begriffliche Sonderung der verschiedenen Familiengewalten eingetreten war, vielmehr das eine Wort die väterliche, eheliche und vormundschaft-

liche Gewalt zugleich bedeutete, ähnlich wie in Rom einst der Ausdruck manus oder potestas alle Gewaltverhältnisse zugleich umschloß. In Rom aber ist, wo die Geschichte beginnt, die Tutel schon etwas Besonderes, Selbständiges geworden — sie erscheint nicht mehr als reines Familienverhältniß, wenngleich die legitima tutela allerdings noch die Natur eines solchen hat. So wenig man damit anfing, die väterliche und eheliche Gewalt als zwei besondere Rechtsverhältnisse begrifflich zu scheiden, so wenig wurde von Anfang an zwischen der hausherrlichen Gewalt und ihrem Surrogat, der Vormundschaft, unterschieden: wo es am Paterfamilias fehlte, trat von selbst der nächste wehrfähige Verwandte ein, um die Familie zu regieren und zu beschützen; je weiter wir zurückgehen, desto mehr nähert sich die vormundschaftliche der väterlichen Gewalt; als eigenthümliches Rechtsinstitut ist sie überall erst das Abgeleitete, Nachgebildete.

Im deutschen Recht hat sich nun dieser Prozeß viel langsamer vollzogen als in dem gleich anfangs rascher pulsirenden städtischen Leben Roms, darum ist die Vormundschaft fast das ganze Mittelalter hindurch noch ein Familienverhältniß, und wenn der Sache nach auch ein Unterschied zwischen der väterlichen und der agnatischen Munt anerkannt werden mußte, so datirt die vollständige begriffliche Sonderung beider eigentlich doch erst von der Reception des römischen Rechts. Erst seitdem ist eine förmliche Ablösung der Vormundschaft von der Familie eingetreten. Wie immer eilten die Städte der Entwicklung voraus, allein zu einer festen Formulirung der Begriffe kam es hier so wenig wie auf dem Lande. Darum fehlt bei uns ein besonderes Wort zur Bezeichnung der Vormundschaft im engern Sinn. Sie ist eine Art der Munt, wie die des Vaters über seine Kinder, des Ehemanns über die Frau, weshalb das deutsche Recht auch umgekehrt von einer väterlichen und ehelichen Vormundschaft redet. Es ist wohl möglich, daß zugleich die starke Ausbildung der römischen Patria Potestas von Einfluß auf die frühzeitige Sonderung der Tutel war, denn eine solche absolute Gewalt, wie sie der Paterfamilias hatte, konnte dem Tutor nicht zugeschrieben werden; ebenso wie auf der andern Seite der eigen-

thümliche Charakter der deutschen Munt, die nicht als ausschließliches Recht des Herrn galt, sondern zugleich das Interesse der Schutzbefohlenen wahren sollte, die Gleichstellung der Vormundschaft mit dieser begünstigte. Aus diesem Grund konnte denn auch der Ausdruck Munt im Latein des Mittelalters nicht durch das sprachverwandte manus wiedergegeben werden, sondern es wurde entweder latinisirt mundium dafür gesagt oder eine Uebersetzung wie tutela, tuitio, defensio, procuratio gewählt. Unsere Munt war etwas Anderes als die römische manus oder potestas; die väterliche und eheliche Gewalt näherte sich mehr dem römischen Tutelbegriff, die Vormundschaft im engern Sinn aber wurde von jener nicht so bestimmt unterschieden wie die römische.[159] Wenn die Römer ihre Tutel ebenfalls als eine potestas bezeichnen, so geschieht das in einem andern Sinn als bei uns: es wird damit nicht sowohl ihre Verwandtschaft mit der hausherrlichen Gewalt, deren Untergebene alieni iuris, sondern die Analogie mit der obrigkeitlichen Potestas über einen homo sui iuris ausgesprochen.

Fast bis an's Ende des Mittelalters lag der Schwerpunkt unserer Vormundschaft in der Vertretung und dem Schutz des Mündels, selbst nachdem neben die gebornen schon gewählte und gesetzte Vormünder getreten waren. Dagegen blieb die Vermögensverwaltung noch lange unendlich einfach und gestaltete sich zu einer sogenannten tutela fructuaria. Eine Vermögensverwaltung konnte lange Zeit nur in einer Bewirthschaftung des Mündelguts bestehn, das heißt mit eigner Arbeit und wohl auch Capitalverwendung des Vormunds, gleichviel ob der Mündel auf dem Gut des letztern, oder wie es gewöhnlich der Fall sein mochte dieser auf dem Gut des Mündels lebte. Nicht selten mochte der Vormund mit seinen Angehörigen im Gesammtbesitz des Gutes bleiben, bis etwa mit der Volljährigkeit oder Verheirathung des Mündels ein Grund zur Auftheilung oder Abschichtung eintrat. So konnte der Fruchtgenuß nicht geschieden werden, der Mündel erhielt seinen Unterhalt, der Vormund aber durch seine Bestellung des Gutes ebenfalls. An eine Verwerthung der Früchte und Aufsparung des Erlöses war bei dem mangelnden Tauschverkehr der ältern Zeit nicht zu denken.

Sehr gut hebt Kraut den gewöhnlichsten Fall hervor, daß der ältere Bruder über seine jüngern Geschwister die Vormundschaft führte; ebenso, daß wir gar nichts von Excusationen der Vormünder hören, die doch gewiß nicht ausgeblieben wären, wenn der Vormund das Gut hätte bewirthschaften, auf jeden Antheil am Ertrag aber verzichten müssen. In manchen Rechten, wie zum Beispiel im friesischen, war der Anspruch des Vormunds so formulirt, daß das Mündelgut „weder wachsen noch abnehmen" solle, gleichwie das Weibergut, es brauchten also bei Beendigung der Vormundschaft nur Schiff und Geschirr des Mündels, nicht die Früchte herausgegeben zu werden. Selbst in den Städten scheint anfangs diese tutela fructuaria noch fortgedauert zu haben, wie wir aus dem hamburgischen und lübischen Recht sehen; hiernach darf der Vormund mit den Renten des Mündels sogar kaufschlagen. Indeß wurde das bald anders. Mit der Geldwirthschaft hörte die tutela fructuaria auf und der Vormund erhielt ein bestimmtes Honorar. Je freier aber die Vermögensverwaltung wurde, desto mehr mußte man zugleich für die Sicherheit des Mündelguts bedacht sein. Daher schon im dreizehnten Jahrhundert die Stellung von Bürgen, Pfändern, Inventaraufnahme und Rechnungsablage von Seiten des Vormunds.[160]

Auch noch in andern Punkten tritt der alterthümliche Charakter unserer deutschen Vormundschaft zu Tage. Wir sehen dies unter Anderm daraus, daß nach älterm deutschen Recht bürgerliche Klagen gegen den Mündel gar nicht angestellt werden konnten, sondern bis zur Mündigkeit ruhen mußten. Für den Mündel konnte der Vormund Klage erheben, sobald er die Gewere der Klage angelobte, das heißt daß hinterher wegen der nämlichen Sache nicht noch einmal geklagt werde. Eine eigentliche prozessualische Vertretung des Mündels, passiv wie activ, war freilich auch dem ältern römischen Recht unbekannt, allein überall wo der Mündel unter Auctoritas des Tutors handeln konnte, war eine wirksame Klage möglich, es konnte daher aus solchen Geschäften auch direct gegen den Mündel geklagt werden. Und wo aus Gründen, die in der Person des Mündels lagen, die Auctoritas

unstatthaft war, wie bei der tutela infantis, der cura furiosi und prodigi, konnte der Vormund wenigstens durch die der privatrechtlichen Gewalt des Mündels Untergebenen handeln lassen oder einstweilen in eignem Namen und auf eigne Gefahr selbst handeln bis zur künftigen Ausgleichung im Judicium Tutelae, so daß nur in einzelnen Ausnahmsfällen, wie bei Testamenten und Erklärungen über deferirte Erbschaften, die Handlung nach älterm Recht unterbleiben mußte.[161]

Unser älteres Recht kennt ferner noch den Satz, daß der Mündel nach erreichter Mündigkeit alle Handlungen, die ihm zum Schaden gereichen, auch die seines Vormunds, binnen Jahr und Tag widerrufen und ebenso Unterlassungen nachholen kann. Also auch wo die gesetzliche Form beobachtet war, hatten die Geschäfte nur eine relative Gültigkeit, ihr Bestand hing von dem Ermessen des mündig gewordenen Kindes ab, während nach römischem Recht da wo die Erfordernisse der Auctoritas oder des Consenses beobachtet waren von Anfang an ein Geschäft die nämliche Kraft hatte, als wenn es von einem Handlungsfähigen vorgenommen wäre. Diese Erlaubniß des Widerrufs ist nur denkbar bei den einfachsten Vermögensverhältnissen, wo allein Güter und Immobilien das Vermögen ausmachen, dann aber sehr natürlich. Bei lebhafterm Verkehr und stärkerer Entwicklung des Capitaleigenthums kann das Recht damit nicht mehr bestehen, selbst im Interesse des Mündels nicht, weil alsdann Niemand mehr mit ihm contrahiren würde. Hieraus folgt, daß sobald die Verwaltung des Vormunds verwickelter wurde und mit Verschiebung des Mündigkeitstermins gar längere Zeit fortdauerte, auch ein Auskunftsmittel nöthig war, um die Veräußerungen während der Unmündigkeit vor künftigem Widerruf zu sichern. So erklärt sich die Bestellung von Bürgen oder Pfändern, die seit dem dreizehnten Jahrhundert besonders in den Städten dafür aufkamen, daß das Kind später die Veräußerung anerkennen werde: an sich unnatürlich, dem Fortschritt der Verhältnisse aber vollkommen angemessen, bis später das Recht selbst sich änderte und der Ausweg überflüssig wurde. Daher die Masse von Urkunden, in denen wenn Güter des Mündels veräußert wer-

den oder dieser als nächster Erbe die Veräußerung anfechten konnte, Bürgen und Pfänder bestellt werden, und wieder die Menge von andern, worin Kinder nach erreichter Mündigkeit die geschehene Veräußerung ausdrücklich anerkennen. Zahlreiche Beispiele finden sich namentlich im Frankfurter Urkundenbuch beisammen.[162] Der ältern Zeit sind solche Verbürgungen noch fremd, schon weil der Termin der Mündigkeit früher eintrat; bei zwölf Jahren konnte man wohl, wenn es sich um Güter oder Grundrenten handelte, in den meisten Fällen leicht warten. Die veränderten Verhältnisse nöthigten zur Verlängerung der Unmündigkeit, diese bei dem lebhaften Verkehr, der das Grundeigenthum ergriff, wieder zu Mitteln, eine endgültige Verfügung auch während der Unmündigkeit möglich zu machen. Einzelne Städte ließen sich deshalb schon früh Privilegien geben, daß der Mündel mit seinem Vormund gültig veräußern könne, so Goslar im Jahr 1219; der Schwabenspiegel, der die Vormundschaft bis zum Alter von 25 Jahren ausdehnt, hat auch den Grundsatz, daß der Mündel mit Einwilligung des Vormundes Veränßerungen jeder Art vornehmen dürfe. Dasselbe wurde vom spätern sächsischen Recht und zuletzt allgemein anerkannt, nur daß da wo ein Volljähriger nicht ohne Consens der nächsten Erben veräußern durfte, natürlich auch bei dem Unmündigen ein solcher erforderlich war.[163]

Auch darauf mag noch aufmerksam gemacht werden, daß sich bei uns so spät erst Spuren einer Vormundschaft über Verschwender finden. Aus dem einfachen Grund, weil es auf den ältern Wirthschaftsstufen weder eigentliche Verschwender, noch Gegenstände zum Verschwenden geben kann. So lange Jeder auf seinem Gut nur das zieht, was er zum Leben braucht, ist wohl eine schlechte unordentliche Wirthschaft, aber keine eigentliche Verschwendung möglich; wenigstens die Substanz des Gutes kann nicht aufgezehrt werden. Erst in Folge der städtischen Entwicklung ändert sich das: mit dem Bestand des Vermögens wird zugleich die Art und Weise der Consumtion eine andere; die neuen Erwerbsquellen bieten auch eine Menge Gelegenheiten zum leichtern und raschern Verzehren dar. Darum kam etwas der römischen cura prodigi Analoges,

unabhängig vom römischen Recht, erst seit dem dreizehnten Jahrhundert und nur in den großen Handelsstädten auf wie Hamburg und Lübeck. In Rom dagegen, dessen Geschichte mit der städtischen Entwicklung beginnt, finden wir die cura prodigi schon in den zwölf Tafeln anerkannt. Ja es soll wie Ulpian meint von Anfang an Sitte gewesen sein, daß einem Verschwender die Administration seines Vermögens durch den Magistrat entzogen worden sei: höchst charakteristisch für den Römer der spätern Zeit, der sich einen Zustand ohne Möglichkeit zu verschwenden und ein Recht ohne Prodigalitätserklärung gar nicht denken konnte.[161]

Dagegen ist nun das römische Vormundschaftsrecht schon früh viel künstlicher ausgebildet. Die Stufe, welche dasselbe zu Ende der Republik einnahm, war bei uns noch nicht zu Ende des Mittelalters erreicht, und doch hatte auch unsere Vormundschaft bis dahin schon eine recht ansehnliche Entwicklung durchgemacht. Die römische Vormundschaft ist kein Schutzverhältniß mehr wie bei uns, nicht mehr ausschließlich Familiensache, sie ist gleich anfangs fast nur Vermögensverwaltung, und statt der verwandtschaftlichen tritt die obligatorische Seite in den Vordergrund. Neben der Tutel, die wir für die ältere und ursprünglich einzige Art von Vormundschaft halten müssen, erscheint schon die Curatel, deren Bedeutung lediglich in der Administration eines fremden Vermögens liegt. Und diese jüngere Form, mit bloßem Consens und später auch einer Stellvertretung des Mündels, gewinnt äußerlich und innerlich immer mehr Spielraum, so daß sie endlich die Tutel überflüssig macht und den Tutor zum gewöhnlichen Curator, nur mit dem Recht der Auctoritas herabsinken läßt. Aber auch die Tutel ist schon ein bloßes Mittel geworden, die privatrechtliche Handlungsunfähigkeit des Mündels zu ergänzen, ihm Verkehrsgeschäfte möglich zu machen, die er für sich allein nicht vornehmen kann. Das heißt also, es mußte schon früh im Interesse des Mündels bei der lebhaftern Bewegung des Verkehrs ein Mittel gefunden werden, wodurch er ebenso wirksam veräußern und erwerben konnte wie ein Mündiger, um so mehr, als es eine Stellvertretung durch Freie im ältern Recht nicht gab. Der Gedanke aber, worauf die Auctoritatis Inter-

positio ruht, daß zwei unvollkommene Willen zusammen einen gültigen machen, ist so künstlich, daß es kein ursprünglicher sein kann, und doch finden wir ihn schon bei Beginn der römischen Rechtsgeschichte ausgebildet.

Ebenso verlor die Geschlechtsvormundschaft bei der raschen städtischen Entwicklung bald ihren Halt. Nöthig war sie nur bei Civilgeschäften des alten Rechts, die Vermögensverwaltung aber hatten die Frauen selbst. Je freier diese ward, desto lästiger wurde auch die strenge Agnatentutel, weil sie ein Widerspruchsrecht gegen die Verfügungen der Frau einschloß, sowohl inter vivos wie mortis causa. Die Agnatentutel war also nur noch ein Mittel für die Vormünder, sich das Vermögen zu erhalten, ein bloßes Recht für sie, nicht für die Frau. Das mochte als das Vermögen vorwiegend in Grundstücken bestand zweckmäßig gewesen sein, später blieb nur eine unnatürliche Beschränkung übrig, denn es war an sich kein Grund vorhanden, weshalb Frauen weniger frei verfügen sollten als Männer. So erfanden die Juristen wieder ein künstliches Mittel, um die Agnatentutel zu umgehen. Zunächst wurde eine optio tutoris ersonnen, um die Agnatentutel auszuschließen, freie Wahl eines Vormunds, die der Mann seiner Frau testamentarisch vermachen konnte. Er war von Alters her berechtigt, ihr im Testament selbst einen Tutor zu geben, und schon dadurch wurde die Agnatentutel vorläufig beseitigt, allein wenn der Vormund früher als die Frau starb, wäre jene doch wieder eingetreten, ganz abgesehen davon, daß ein von der Frau gewählter Vormund sie unabhängiger stellte als ein testamentarischer. Dabei behielt die Frau ihr Agnations- und Erbrecht, sie erlitt also keinerlei Nachtheil und gewann nur die freie Disposition über ihr Vermögen. Schon zu Plautus' Zeit war diese optio tutoris bekannt; die feine theoretische Ausbildung derselben, wovon uns Gajus Bruchstücke mittheilt, liefert den Beweis, wie früh sich überhaupt die Doctrin der Tutel bemächtigt hat. Ein anderes Mittel war die sogenannte Scheinehe. Der Tutor giebt die Frau in die Manus eines Andern, dieser mancipirt sie einem Dritten, und der letztere läßt sie aus dem Mancipium frei, worauf er eine tutela

fiduciaria erhält, die weil sie nicht einem Agnaten, sondern einem Fremden zusteht (alterius generis), der Frau keinen Zwang auferlegt. Ob das letztere Mittel auch der Agnatentutel gegenüber anwendbar war, ist zweifelhaft. Denn wenn die Agnaten nicht genöthigt werden konnten, zu Veräußerungen der Frau ihren Consens zu geben, so brauchten sie auch nicht zur Uebergabe der Frau in die Manus einzuwilligen. Dagegen schaffte die lex Claudia unter Kaiser Claudius die Agnatentutel über Frauen ganz ab.[1]

Auch die Ausbildung des römischen Vormundschaftsrechts im Uebrigen zeigt uns dasselbe auf bedeutend höherer Stufe wie das deutsche: so vor Allem der Unterschied zwischen Delation und Acquisition, die genaue Bestimmung der Delationsgründe, die Excusationen mit ihren Eintheilungen (necessariae und voluntariae, perpetuae und temporales, a tutela suscepta und suscipienda), die nominatio potioris, die verschiedenen Arten von Mitvormündern wie die Vorschriften über ihre Verwaltung und ihr Verhältniß zu einander, die vielerlei Klagen aus der vormundschaftlichen Geschäftsführung, die subsidiäre Haftpflicht der Magistrate und dergleichen mehr. Aber mehr als alles Einzelne zeigt die rein obligatorische Behandlung der Vormundschaft im spätern Recht, ihre Auffassung als Quasicontract und ihre Unterordnung unter die allgemeinen Lehren der Obligationsverhältnisse, daß wir es mit einem weit ausgebildetern Recht zu thun haben, als das des Mittelalters sein konnte. Es war ein Recht, wie es einer künstlichen und speculativen Geldwirthschaft entsprach, und das allerdings nach dieser Seite hin einen entschiedenen Fortschritt gegen unser deutsches begründete.

Indeß liegen in der deutschen Vormundschaft trotz ihrer mangelhaften Ausbildung auch wieder Fortschritte des Rechtsbewußtseins, die wenigstens zum Theil auf unserer höhern sittlichen Cultur beruhen. Dahin gehört, daß sie noch immer als eine Art Familienverhältniß angesehen wird und für ebenso natürlich gilt wie die eheliche oder väterliche Vormundschaft, während die römische Tutel nur iure civili data ac permissa ist und keine Analogie mit der Manus oder Patria Potestas mehr zuläßt. Das schließt

ihre Auffassung als Obligationsverhältniß dem Mündel gegenüber wie ihren Amtscharakter der Obervormundschaft gegenüber natürlich nicht aus. Ferner das Zurücktreten der formellen Gesichtspunkte, von denen das römische Recht ausging, wie der Unterschiede von Auctoritas und Consens, Tutel und Cura, der einzelnen Delationsgründe und dergleichen. Denn das Wesen der Vormundschaft besteht durchaus nicht bloß in einer Stellvertretung oder einer künstlichen Ergänzung der Handlungsfähigkeit, sondern zugleich in der persönlichen Pflege und Erziehung des Mündels. Sodann die Möglichkeit einer directen Stellvertretung, die wie überall in unserm Recht, so auch in der Vormundschaft von Anfang an zugelassen wurde. Hier hat die Vormundschaft ihre ursprüngliche Natur bis auf den heutigen Tag behauptet: ging die Vertretung in der ältern Zeit mehr auf öffentlichen Schutz, im Kampf und vor Gericht, so zog sie sich später auf das privatrechtliche Gebiet zurück, auf Handel und Wandel, Administration, Prozeß. Dann die eigenthümliche Beendigung unserer Vormundschaft durch Heirath, bei Söhnen wie bei Töchtern: womit einmal der Widerspruch vermieden wird, dem Minderjährigen einen selbständigen Haushalt zu gestatten und ihm doch die Vermögensverwaltung zu entziehen; und zugleich im Interesse des Mündels der Verkehr erleichtert und der Credit gesichert wird. Endlich vor Allem die vollkommenere Ausbildung der Obervormundschaft, von der im römischen Recht doch immer nur Anfänge vorhanden waren. Erst in der Kaiserzeit wurde stückweis und auf Umwegen allmählich das erreicht, womit das deutsche Recht viel früher anfing: dort steht die Obervormundschaft am Ende, hier gleich im Anfang der Entwicklung. Freilich wollen wir nicht verkennen, daß es bei uns wesentlich christliche Einflüsse waren, die auf den Gedanken derselben führten. Und wenn wir ihre stärkere Ausbildung als Vorzug unseres Rechts hervorheben, soll damit nicht einer kleinlichen Einmischung in die Geschäfte der Vormünder das Wort geredet werden.

Zweites Capitel.

Erbrecht.

An das Familienrecht schließt sich unmittelbar das Erbrecht, denn so lange es bei einem Volk noch eine Familie giebt, ist das Erbrecht zunächst nur für diese bestimmt. Auch bei dem römischen Volk war das der Fall; so sehr der natürliche Zusammenhang beider in der spätern Zeit gelockert und aufgelöst scheint, er ist darum nicht weniger erkennbar, ja es haben, trotzdem die Familie in Sitte und Leben mehr und mehr an Kraft und Innigkeit verlor, in der Entwickelung des Erbrechts Fortschritte Statt gefunden, die diesen Zusammenhang zum Theil deutlicher hervortreten lassen als das ältere Recht.

So spiegelt uns bei jedem Volk das Erbrecht treu die Bedeutung ab, welche die Familie hat: die Art und Weise, wie die Ansprüche derselben berücksichtigt werden, gestattet einen Schluß auf die Stellung, welche die Familie überhaupt einnimmt. Während das reine Privatrecht (dingliche und obligatorische Rechte) mehr durch die Stufen der wirthschaftlichen Cultur bedingt ist, verleugnet zwar auch das Erbrecht diesen Zusammenhang nicht, aber er tritt zurück vor dem Einfluß, den die Familie behauptet. Denn die sittliche Gesundheit eines Volkes ist an und für sich von den verschiedenen Wirthschaftsstufen unabhängig, und von jener, nicht von den letztern, wird die Integrität der Familie zunächst bedingt. Von dieser aber hängt dann wesentlich die Gestaltung des Erbrechts ab. Der Einfluß der Familie auf das Vermögen äußert sich also hier, wenn wir wollen, noch stärker als in dem vorzugs-

weise sogenannten Familienrecht. Dort kamen nur die natürlichen Beschränkungen in Betracht, welche die Familie der individuellen Vermögensfreiheit auferlegt, der Einzelne, der in Abstracto als freies Rechtssubject erscheint, ist in der Wirklichkeit durch Ehe, väterliche Gewalt oder Vormundschaft mannigfach gebunden, hier wird durch die Familie das Schicksal des Vermögens im Ganzen bestimmt, sobald der seitherige Inhaber durch den Tod seine Herrschaft verliert. So sehr ein Recht geneigt sein kann, darüber vor Allem den Willen des Erblassers entscheiden zu lassen, es muß dann doch auf einem Umweg wenigstens die nächsten Familienverhältnisse auch bei der letztwilligen Erbfolge wieder zur Anerkennung und Geltung bringen.

Das Erbrecht bildet hiernach systematisch den natürlichen Schluß des Privatrechts. Wie die Güter der äußern Welt um des Menschen willen da sind und von ihm zur Befriedigung seiner Bedürfnisse erworben werden, so erscheinen die Rechte daran als der Person oder dem Rechtssubject untergeordnet. Die Person wird als bleibend gedacht, die Rechte gehen von Hand zu Hand und werden mit den Gütern, an denen sie bestehen, verzehrt. Das tritt, wie im Sachenrecht, so ganz besonders im Obligationenrecht zu Tage, das die äußern Sachgüter nur von der Seite ihres Tauschwerths faßt und das ganze Vermögen einer Person in Activa und Passiva, Eigenthum, Forderungen und Schulden, auflöst. Allein die Rechtssubjecte, von der künstlichen Ausdehnung des Begriffs auf juristische Personen abgesehn, bleiben doch immer Menschen, durch den Tod ist auch ihnen eine zeitliche Schranke gesetzt, und sie erscheinen zuletzt ebenso vorübergehend und wechselnd als die Rechtsobjecte oder die Bestandtheile des Vermögens. Es entsteht also die Frage, wer in die leer gewordene Stelle einrücken und wie dies geschehen soll. Diese Frage beantwortet das Erbrecht. Haben wir bisher die Personen als bleibend, die Rechte als wechselnd dargestellt, so kehren wir jetzt die Betrachtung um und fassen die Personen als vorübergehend, die Rechte aber als bleibend auf.

Dabei stellt sich der Nachlaß einer Person, der bei ihren Leb-

zeiten durch die Einheit des Subjects zusammen gehalten wurde, auch nach ihrem Tode noch als Einheit dar, worin die Persönlichkeit des Erblassers gleichsam fortdauert, bis die Erbschaft einen neuen Herrn gefunden hat. Die bunte Mannigfaltigkeit der Rechte, die das Vermögen bilden, bleibt ein Ganzes (universitas) und geht so, wie der Erblasser es hatte, auf den Erben über. Um eines praktischen, jedem höhern Rechtsleben sich aufdrängenden Zwecks willen wird die Person dem Vermögen untergeordnet und der Begriff des Subjects auf das Object übertragen. Das ist die Universalsuccession (successio in universum ius quod defunctus habuit), woran beliebig viele ideelle Quoten denkbar sind, deren jede aber zu ihrem Theil das universum ius defuncti begreift. Oder wie wir es auch ausdrücken können: die Erbfolge erscheint gleichsam als Eintritt in die Person eines Verstorbenen, successio in personam defuncti. Diesen Gedanken zuerst entwickelt und zu voller Klarheit durchgebildet zu haben ist ein Verdienst des römischen Rechts. Er ist die Grundlage jedes cultivirten Erbrechts, da sich keine andere Form denken läßt, worin der Uebergang eines Vermögens in seiner Gesammtheit auf den Erben vermittelt werden kann. Hinsichtlich der Frage, **wer** Erbe werden soll, ist eine große Verschiedenheit denkbar, sowohl in dem Umfang, in welchem die testamentarische Erbfolge zugelassen, als in der Art und Weise wie die Verwandtschaft gerufen wird, und man kann gern zugeben, daß das römische Recht hier auf der einen Seite zu weit gegangen und auf der andern hinter dem deutschen Recht zurückgeblieben sei; in Bezug darauf, **wie** geerbt wird und was für Rechte und Pflichten die Erbschaft gewähre, ist bei ausgebildeten Zuständen nur der Modus des römischen Rechts möglich. Seine Aufnahme in Deutschland enthielt insofern einen ebenso großen Fortschritt wie der des Obligationenrechts auf dem Gebiet der Verträge.

Analogien zwischen dem römischen und deutschen Erbrecht, wie wir sie im Familienrecht fanden, könnten freilich ebenfalls nachgewiesen werden. Allein sie liegen bei Weitem nicht so nah als dort, wir müßten sie erst mühsam aufsuchen und sie würden deshalb immer etwas Gesuchtes behalten. Daß sich in der Geschichte

des Erbrechts bei zwei nah verwandten Völkern Aehnlichkeiten finden, versteht sich von selbst, denn auch das römische Recht hat nicht mit den künstlichen Rechtsinstituten angefangen, wie sie die spätere Zeit brauchte, indeß ist das Eigenthümliche gerade das, daß die Aehnlichkeit der Entwicklung innerhalb der beglaubigten Geschichte kaum noch nachgewiesen werden kann, ja daß vielleicht schon die Ausgangspunkte beider Rechte verschieden waren. Darum springt bei jeder ungesuchten Betrachtung viel stärker der Gegensatz in die Augen, und wir können nichts dagegen haben, wenn die Romanisten nächst dem Obligationenrecht vor Allem sich auf das Erbrecht berufen, um die Ueberlegenheit des römischen über das deutsche Recht darzuthun. Die römische Entwicklung war eben vielfach schon zur Zeit der zwölf Tafeln soweit als die unsere erst gegen Ausgang des Mittelalters. Da hätte es wunderlich zugehen müssen, wenn ein juristisch so eminent begabtes Volk nicht rascher zum Ziel gelangt wäre als das deutsche und mit den wirthschaftlichen Fortschritten nicht auch das Erbrecht reicher und künstlicher gestaltet hätte. Nur dürfen wir nicht vergessen, daß hier wie überall die Fortschritte im Vergleich zu der jüngern germanischen Cultur nur relative sind, und daß daher das deutsche Erbrecht in anderer Hinsicht mit einer höhern Entwicklung begonnen als das römische aufgehört hat. Es sind Stufen der Entwicklung, die jedes Volk durchgemacht hat, auch wenn sie sich nicht mehr genau nachweisen lassen, die aber zugleich so gefaßt werden können, daß der Uebergang der Entwicklung von einem zum andern Volk selbst wieder einen Fortschritt bezeichnet.

Der alterthümliche Charakter, den wir oben bei der deutschen Vormundschaft im Gegensatz zur römischen hervorgehoben haben, findet sich auch im deutschen Erbrecht, nur tritt er hier noch stärker und entschiedener hervor als dort. Und ebenso zeigt das römische Erbrecht noch stärker und entschiedener die frühzeitige Entwicklung und Ausbildung der römischen Verhältnisse. Ein Volk, was nur vom Ackerbau lebt und keinen Geldverkehr kennt, muß sich natürlich mit einem unendlich einfachen Erbrecht begnügen. Es braucht keine Universalsuccession, weil es noch keine Schulden

giebt; es wird nicht zwischen Delation und Acquisition der Erbschaft unterscheiden, weil kein Grund für den Berufenen vorhanden ist, die Erbschaft auszuschlagen; es wird endlich keine Testamente zulassen, weil es noch kein frei erworbenes Capitaleigenthum giebt, sondern nur Güter mit Schiff und Geschirr das Erbe bilden, über welche der zeitweilige Inhaber nicht zum Nachtheil der Familie verfügen kann. Daher in der ältern Sprache Erbe und Eigen bei uns gleichbedeutend sind, das Erbe, wenn es wirklich ein solches ist, nur in Eigen besteht, dieses aber in doppeltem Sinn Erbe ist, durch Erbgang erworben und für den Erbgang bestimmt. Das Erbrecht entsteht also nicht erst im Augenblick des Todes des Erblassers, es ist ein präsentes Recht, das sich schon bei Lebzeiten desselben in mancherlei Folgen wirksam zeigt, wie zum Beispiel im Widerspruch gegen Veräußerungen. Also bedarf es zum Erwerb auch keiner besondern Willenserklärung mehr, er tritt von Rechtswegen ein, sobald der Erblasser die Augen schließt, weshalb wir noch heute lieber von einem Anfall als von einem Erwerb der Erbschaft reden. Und die Erbschaft selbst enthält nicht wie die römische eine Universalsuccession, einen Eintritt in die gesammte vermögensrechtliche Person des Erblassers, sie ist nichts weiter als der Uebergang des Gutes mit allen damit verbundenen Lasten und Rechten auf den Erben, so daß die Erbenqualität über die Haftungspflicht für persönliche Verbindlichkeiten des Erblassers an und für sich noch nicht das Geringste entscheidet. Genau so wie das dingliche Princip bis tief in das Mittelalter unser Obligationenrecht beherrscht, finden wir dasselbe im Erbrecht wieder, und es ist deshalb sicherlich einst gemeines Recht gewesen, was der Sachsenspiegel ausspricht, daß der Erbe für (nicht radicirte) Schulden des Erblassers nur mit der ererbten Habe zu haften brauche. Was konnte denn auch eine Zeit für ein Interesse haben, andere Regeln aufzustellen, in welcher der Geldverkehr noch unentwickelt und das wirthschaftliche Leben lediglich auf den Gebrauchswerth der Sachgüter gegründet war. Bei denjenigen Stämmen, die sich frühzeitig auf römischem Boden niederließen, mag das bald anders geworden sein; und ebenso mußte sich in

den Städten früh genug ein Bedürfniß nach andern Regeln herausstellen, allein wir dürfen aus einzelnen zerstreuten Stellen der Volksrechte noch nicht auf eine zusammenhängende innere Fortbildung des Rechts schließen; die abweichenden positiven Bestimmungen späterer Statutarrechte, die alle darauf ausgehen, die Haftpflicht des Erben zu erweitern, beweisen am besten, wie weit man selbst im spätern Mittelalter noch von dem Princip des römischen Rechts entfernt war. Der Fortschritt des Lebens war ungleich langsamer als in Rom und in den einzelnen Gegenden ein sehr verschiedener, so daß Bestimmungen, die in ihrer zeitlichen Aufeinanderfolge sonst Jahrhunderte auseinander liegen, örtlich auch wohl einmal nebeneinander vorkommen.

Im Ganzen aber blieb der alterthümliche Charakter unseres Erbrechts viel länger gewahrt als in Rom. Er zeigt sich noch in vielen andern Beziehungen. So vor allem in dem Zusammenhang des Erbrechts mit der Wehrfähigkeit, eine uns jetzt ganz fremd gewordene Vorstellung, die aber zum Theil noch dem spätern Mittelalter natürlich war. Und zwar nicht blos wegen des Familienschutzes, der viel länger als in Rom den Staatsschutz vertrat, sondern auch wegen der Identität von Erbe und Eigen, das zur Vertheidigung wehrhafte Männer voraussetzt. Das Eine ist dabei wieder durch das Andere bedingt, die längere Fortdauer einer niedern Wirthschaftsstufe hielt die Entwickelung des Staatsgedankens auf, und diese konnte darum nicht so rasch den Familienschutz überflüssig machen. Wo aber Fehderecht gilt, muß die Erbfähigkeit immer durch Wehrfähigkeit bedingt sein, weil ein wehrloser Grundherr nicht im Stande ist, Land und Leute zu schützen. Im Lehenrecht haben wir diese Verbindung aus einem andern Grunde fast bis auf die Gegenwart fortdauern sehen. Das Lehen muß durch Mannschaft verdient sein, wer diesen Dienst nicht leisten kann ist daher zum Erwerb des Lehens unfähig. Erst als der Lehenbesitz außer Verbindung mit dem persönlichen Kriegsdienst kam und für den letztern Adäration eintrat, konnte auch die Verbindung von Lehenfolge und körperlicher Tüchtigkeit aufhören.

Von Alledem weiß das römische Recht nichts mehr, und wenn

es auch im Alterthum kein Lehenwesen gegeben hat, muß es doch eine Zeit gegeben haben, wo Fehderecht galt und demgemäß nur der Wehrhafte erben konnte. Aber sie scheint in Griechenland wie in Rom so schnell überwunden worden zu sein, daß wenigstens im Erbrecht keine Spur davon zurückgeblieben ist.

Damit hängt dann sehr natürlich die Zurücksetzung der Weiber gegen die Männer im deutschen Erbrecht zusammen. Je höher wir in unser Alterthum hinaufgehen, desto entschiedener tritt sie auf, und es ist hiernach der Schluß nicht sehr gewagt, daß ursprünglich die Frauen bei allen Stämmen vom Erbe ganz ausgeschlossen waren. So lange das Vermögen nur im Grundeigen bestand, der Staatsschutz aber noch unentwickelt war, konnte nur der Mann die Familie vertreten, sei es in wirklicher Fehde oder vor Gericht. Denn auch das Recht vor Gericht aufzutreten war wieder von der Waffenfähigkeit abhängig. Indeß erscheint in der historischen Zeit dieser Ausschluß überall schon gemildert, es ist keine Erbunfähigkeit mehr, sondern nur eine Zurücksetzung, und diese äußert sich bei den einzelnen Stämmen in ungleicher Weise. Nur das älteste nordische Recht kennt noch den völligen Ausschluß, später ist er auch hier dahin gemildert, daß die Frauen wenigstens ein halbes Erbe nehmen. Ebenso lassen die Friesen Männer und Frauen, die gleich nahe stehen, zu ungleichen Theilen erben; Sachsen, Burgunder, Alemannen und Langobarden beschränken den Vorzug schon auf die nächsten Verwandtschaftsgrade. Der Sachsenspiegel läßt nur die Söhne den Töchtern, den Vater der Mutter und den Bruder der Schwester vorgehen. Das Thüringsche Recht schließt nur die Töchter durch die Söhne aus, in Bezug auf das Stammgut aber den ganzen Weiberstamm. Letzteres galt auch nach fränkischem Recht: der Mannsstamm succedirt ausschließlich in das Grundeigenthum (terra salica), das übrige Vermögen muß er mit gleich nahen Frauen oder Cognaten theilen, nähern allein überlassen. Der Schwabenspiegel kennt wenigstens noch einen Vorzug der Söhne vor den Töchtern hinsichtlich des väterlichen Erbguts. Erst die spätern Quellen des Mittelalters, die Glosse zum Sachsenspiegel, die Stadtrechte und der vermehrte Sachsenspiegel,

stellen die Töchter den Söhnen völlig gleich. Diejenigen Stände aber, die wie der Adel und Bauernstand bis auf den heutigen Tag der alten Lebensweise treu geblieben sind, haben zum Theil auch den Vorzug des Mannsstammes und den Ausschluß der Töchter festgehalten.

Von dem Allen weiß das römische Recht nichts mehr. Es knüpft allerdings die Erbfähigkeit geraume Zeit ebenfalls nicht an die natürliche Verwandtschaft, sondern an die Agnation, allein der römische Begriff der Agnation ruht nicht wie der deutsche auf dem Vorzug des Mannsstammes, sondern auf der väterlichen Gewalt und der Einheit des Hauses. Beide Motive fließen freilich in einander über, und in der ältern Zeit, als die Familie noch streng geschlossen war, mochte factisch durch die römische Erbfolgeordnung ziemlich dasselbe Resultat erreicht werden, wie durch die deutsche, ebenso wie umgekehrt bei uns der Vorzug der Agnaten vor den Cognaten nicht lediglich auf die natürliche Schwäche des weiblichen Geschlechts zurückgeführt werden kann. Aber der große Unterschied bleibt doch immer, daß innerhalb der Familie in Rom die Weiber so gut zu den Agnaten gehörten als die Männer, daß daher die Frau in der Manus ihres Mannes und die Töchter gleiches Erbrecht hatten wie die Söhne. Wohl finden sich auch in Rom Beschränkungen der Erbfähigkeit der Weiber, indeß sind sie im Vergleich zu den unsrigen einmal nur geringer Art, und sodann verdanken sie umgekehrt erst der spätern Zeit ihren Ursprung. Sie sind erst aus politischen Gründen eingeführt, wie die der lex Voconia (169 vor Christo), welche die testamentarische Erbfähigkeit der Frauen beschränkt, um ihren Luxus zu vermindern, oder der Satz, daß die Frauen nicht ultra consanguinitatis gradum erben dürfen, gehören also einer Zeit an, wo die Lebensverhältnisse an sich eine solche Zurücksetzung durchaus nicht mehr rechtfertigten. In der ältern Zeit standen die Frauen den Männern im Erbrecht gleich, und sie hatten so gut als diese das Recht unter Auctoritas ihres Tutors Testamente zu errichten. Wird doch schon aus frühester Zeit von einem Testamente der Acca Larentia erzählt. Natürlich mochte die Sitte diese Testirfreiheit in enge Grenzen ziehen, allein

erst in Folge der Lockerung der alten Sitte und der Entartung der Agnatentutel kam der Satz auf, daß eine Frau, so lange sie in ihrer angebornen Familie sich befinde, kein Testament machen dürfe. Dagegen wurde wieder in der coëmtio fiduciaria testamenti faciendi causa ein Gegenmittel gefunden, bis Hadrian den Frauen die alte Testirfreiheit mit Auctoritas Tutoris zurückgab, welch letztere seit Abschaffung der Agnatentutel durch Claudius nicht mehr verweigert werden konnte.[166] Daraus folgt von selbst, daß die Beschränkung der Frauen in beiden Rechten eine wesentlich verschiedene war und daß die Gründe, die bei uns dazu führten, dem römischen Recht jedenfalls fremd waren. Aehnlich hat sich ja auch der Unterschied zwischen Mobilien und Immobilien erst im spätern römischen Recht schärfer ausgebildet, während das ältere mit ihrer Gleichstellung begann.

Im Gegensatz zu diesem einfachen und fast patriarchalischen Charakter des deutschen Erbrechts zeigt nun das römische eine Ausbildung, wie sie durchweg höhern Culturstufen entspricht. Und zwar nicht erst das Recht der klassischen Juristen oder der spätern Kaiserzeit, sondern schon das alte civile, so roh und unbeholfen dasselbe in einzelnen Bildungen immerhin sein mochte (Usucapio pro Herede, Mangel von Deliberationsfristen, Ausschluß einer Succession unter den civilen Ordines und dergleichen). Denn die Keime zu der wunderbar reichen Entwicklung, die ihm zu Theil geworden ist, waren doch von Haus aus vorhanden, und die Mängel des ältern Rechts betreffen viel weniger die innere stoffliche, als die äußere technische Seite. Daher von Anfang an neben der Familienerbfolge die testamentarische und bald auch ein Notherbenrecht für die nächststehenden Erben, die nicht übergangen werden dürfen. Dann die frühzeitige Ausbildung des Begriffs der Universalsuccession, wonach der Erbe den Erblasser repräsentirt: heres personam defuncti sustinet; und in Verbindung damit der Unterschied von Erbschaft und Vermächtniß, der bei uns so wenig wie der Gedanke der Universalsuccession vor dem Ende des Mittelalters zum Bewußtsein kam. Ferner die frühzeitige Einführung des Repräsentationsrechts mit Stammtheilung in der Klasse der

Sui, während das Gleiche bei uns erst nach Jahrhunderte langem Kampf gelang. Dann der Unterschied von Delation und Acquisition der Erbschaft, der ebenfalls noch dem alten Civilrecht angehört, während er uns bis zur Reception des römischen Rechts fremd blieb.

An diese noch einfachen, im Vergleich zu dem ältern deutschen Recht aber doch schon künstlichen Anfänge schloß sich die weitere Ausbildung des Erbrechts durch den Prätor und die Juristen, die theils im Geist der fortschreitenden Cultur und Sitte das alte Erbrecht umgestaltete, theils nur eine begriffliche Entwicklung und theoretische Begründung seiner Institute enthielt. Von unscheinbaren Erweiterungen der Civilerbfolge ausgehend gelangte der Prätor in seiner Bonorum Possessio allmählich zu einem ganz neuen System des Erbrechts, das testamentarische, gesetzliche und Notherbensuccession umfaßte, neben den Agnaten auch die Cognaten berücksichtigte, wie es die Auflösung der altrömischen Familie forderte, und endlich die civile Hereditas so gut wie absorbirte: ein großartiger und vielgegliederter Bau, der uns vielleicht mehr als alles Andere den allmählichen, stufenweisen Fortschritt und die ruhige symmetrische Bewegung des römischen Rechts versinnlicht. Gleichzeitig mit der Bonorum Possessio entstand das Recht der Collation, die zuerst als die Emancipati den Sui gleichgestellt wurden, nur die natürliche Einkaufssumme war, womit die ersteren ihre Erbfähigkeit besonders begründen mußten, später indeß als die Vermögensfähigkeit der Kinder in väterlicher Gewalt erweitert wurde, dem materiellen Gedanken diente, den Erwerb aus dem Vermögen des Erblassers vor und nach seinem Tod, wie namentlich eine voraus empfangene Dos auszugleichen, und in diesem Sinn noch jetzt einem praktischen Bedürfniß begegnet. An die Idee der Universalsuccession knüpften die Juristen in consequenter Fortbildung die Lehre, daß auch die hereditas iacens schon die vermögensrechtliche Persönlichkeit des Erblassers fortsetze und insofern gleichsam als juristische Person (personae vice) selbst das Subject der in ihr enthaltenen Rechte sei. Zunächst sollte damit blos die Möglichkeit eines Erwerbs zu Gunsten des Nachlasses, insonderheit

durch die Erbschaftssclaven festgestellt werden, aber die Theorie vollendete doch eigentlich erst den Begriff der Universalsuccession, indem sie den Uebergang auf den Erben systematisch vermittelte. Aus der Unterscheidung zwischen Delation und Acquisition und der Injurecession einer deferirten Hereditas legitima entwickelten sich in der Kaiserzeit die Fälle der sogenannten Transmission, wonach unter gewissen Umständen wieder eine Succession in die bloße Delation oder eine Art von Vererbung der letztern eintritt. An die alte Cretio endlich oder die Deliberationsfrist, welche der Testator dem eingesetzten Erben zu bestimmen pflegte, hatte sich schon in frühster Zeit das Recht der Substitution angeschlossen oder die Ernennung mehrerer Erben hintereinander für den Fall, daß die vorhergehenden nicht Erbe würden. Und zwar erscheint diese Substitution in doppelter Gestalt, einmal als gewöhnliche (vulgaris), und sodann als Pupillarsubstitution, wenn ein Kind zwar die Erbschaft erwirbt, aber vor erreichter Mündigkeit mit Tod abgeht. Für den Erben einer überschuldeten Erbschaft, wie umgekehrt für die Erbschaftsgläubiger bei überschuldeten Erben wurde im Lauf der Zeit durch verschiedene Rechtsmittel (beneficia) gesorgt, um die unbilligen Folgen von dem Princip der Succession in personam defuncti nach beiden Seiten wieder auszugleichen: für die Sui, die ipso iure Erben wurden, also nicht ausschlagen konnten, durch das beneficium abstinendi, für die Erbschaftsgläubiger noch in klassischer Zeit durch das beneficium separationis, für alle Erben endlich von Justinian durch das beneficium inventarii. Gerade hier sieht man, wie die Hereditas doch nicht bloß theoretisch als Universitas, sondern sehr praktisch als ein Werth aufgefaßt wurde, der sich durch Abzug der Passiven von den Activen ergab.[167] Alle diese und viele andere Institute, wie die Lehre von der Accrescenz, vom Prälegat, von der Erbschaftsklage und den Klagen aus Legaten, oder solche, die auf positiven Gesetzen beruhen, wie die Falcidische und Trebellianische Quart, erhielten durch die klassische Jurisprudenz beinah durchweg eine so ausführliche und künstliche Theorie, daß sie zum Theil selbst für verwickelte Erbschaftsfälle noch über das praktische Bedürfniß hinausging und wenigstens hie und da

von den Juristen nur aus Liebe zu ihrer Kunst bis auf die letzten Consequenzen ausgebildet zu sein scheint. Die meisten davon sind von der modernen Wissenschaft in ansehnlichen Monographien behandelt oder könnten es werden, und es kommt uns hier nicht in den Sinn, mehr als die Namen der Institute geben oder auch nur die Resultate des römischen Rechts flüchtig übersehen zu wollen. Soviel aber wird man aus dem Gesagten ohne Mühe erkennen daß das römische Erbrecht in seiner jüngsten uns überlieferten Gestalt einer andern Culturperiode angehört als das deutsche zu Ende des Mittelalters und daß darum seine Aufnahme bei uns in ähnlicher Weise wie die des Obligationenrechts in der That einen wesentlichen Fortschritt begründete. Während das römische Sachenrecht auch in der Ausbildung hinter dem deutschen Recht zurücksteht, wird letzteres im Erbrecht wie im Obligationenrecht vom römischen weit übertroffen: beide stehen ebenbürtig als Hauptergebnisse einer fortgeschrittenen wirthschaftlichen Cultur wie einer vollendeten juristischen Kunst neben einander.

Natürlich hat es auch in Rom einst eine Zeit gegeben, in der von Alledem nichts vorhanden war. Aber das Merkwürdige ist, daß diese Urzeit schon in nebelhafte Ferne gerückt ist, und wir uns kaum die Art und Weise der ersten künstlichen Ausbildung denken können. Dennoch hat es nicht bloß den größten Reiz, sondern für das Verständniß der spätern Institute auch immerhin einigen Werth, uns die älteste Zeit von rückwärts her zugänglich zu machen, so wenig Positives dadurch gewonnen werden mag. Man kann leicht über alle diese Versuche achselzuckend hinweggehen, allein einem historischen Sinn wird das Problem damit nicht verleidet, und er wird sich am wenigsten durch die Mühe und Unsicherheit, die jedes unwegsame Gebiet der Untersuchung bietet, abhalten lassen. Denn je mehr Dinge wir neben einander übersehen lernen, mit desto größerer Sicherheit können wir auf ihre Entstehung zurückschließen.

Ganz gewiß hat es zur Zeit der zwölf Tafeln noch keine, Universalsuccession gegeben. Allerdings wird dies oft stillschweigend oder ausdrücklich vorausgesetzt. Allein keine Spur deutet darauf, und es wäre gegen alle Geschichte, wenn ein Volk mit einer Ab-

straction angefangen hätte, die nach den ältern Zuständen nicht einmal nöthig war. Vielmehr lassen die Worte familia pecuniaque tutelave bei Anerkennung der Testirfreiheit eher auf eine Succession schließen, wie sie auch bei uns nach älterm Recht bestand. Zu einer Zeit, wo eben erst die altpatricische Geschlechterverfassung gebrochen war, kann nicht gleich ein Satz eingeführt worden sein, der zwar die Grundlage des spätern Erbrechts bildet, aber doch schon ein sehr entwickeltes Rechtsbewußtsein voraussetzt. Auch die Uebertragung der Mancipation auf die Testamentsform, so frühzeitig sie Statt gefunden haben mag, setzt nothwendig eine Zeit voraus, in der noch nicht das universum ius, das heißt ein abstracter Begriff, sondern die einzelnen Vermögensstücke Object der Verfügung waren. Dann aber wissen wir, daß eine besondere Klage auf Anerkennung des Erbrechts viel jünger ist als die Vindication;[168] so wenig es also ursprünglich neben der letztern eine Erbschaftsklage gegeben hat, so wenig kann es eine Universalsuccession gegeben haben.

Ebensowenig war vermuthlich zur Zeit der zwölf Tafeln schon ein Uebergang der Schulden auf den Erben anerkannt. Dinglich versicherte Schulden, die mit den Grundstücken hätten übergehen können, wie das Mittelalter deren gehabt hat, gab es im ältesten römischen Recht nicht; alle Schulden waren höchst persönlicher Art, auf baldigen Abtrag berechnet, und bei dem strengen Schuldrecht fiel es dem Gläubiger nicht schwer sich sicher zu stellen, selbst gegen den Tod des Schuldners. Auch konnte die Sitte und vielleicht sogar das Recht die Haftpflicht des Erben längst ausgesprochen haben, ehe sich der Gedanke einer Universalsuccession bildete, ähnlich wie das auch bei uns der Fall war, nur daß es sicherlich nicht Jahrhunderte gedauert hat. Eine Spur von dem ältern Recht hat sich im Untergang der Schulden durch capitis diminutio, selbst der minima, erhalten: gilt dies noch später von der künstlichen capitis diminutio, so wird es ohne Frage ursprünglich auch von ihrem Vorbild, der natürlichen capitis diminutio durch den Tod, gegolten haben.

Damit ergiebt sich zugleich, daß ursprünglich auch zwischen

Delation und Acquisition nicht unterschieden wurde. Denn der Willensact, der in der Folge zum Erwerb der Erbschaft gehörte verstand sich ehedem von selbst. Und zwar bei den Agnaten und Gentilen nicht minder als bei den Sui, bei denen der Unterschied auch später wegfiel. So lange es keine überschuldeten Erbschaften gab oder die Haftpflicht des Erben für die Schulden nicht anerkannt war, werden Agnaten und Gentilen sich so wenig wie die Sui der Erbschaft entzogen haben. Der Uebergang erfolgte also ähnlich wie nach deutschem Recht, durch bloßen Anfall, und das ist zu einer Zeit, wo das Vermögen wenigstens vorzugsweise aus Immobilien bestand, den Verhältnissen vollkommen gemäß.

Dabei läßt sich übrigens sehr wohl denken, daß schon in ältester Zeit ein Unterschied zwischen dem Erwerb der Sui und der übrigen Klassen gemacht wurde. Eine besondere Begründung desselben, etwa aus den Wirkungen der väterlichen Gewalt oder daraus, daß die Sui schon bei Lebzeiten ihres Vaters gleichsam Miteigenthümer des Vermögens gewesen seien, ist kaum nöthig. Als der Satz entstand, daß die Sui heredes necessarii seien, wurde eine solche wenigstens gewiß nicht gesucht. Er folgte aus der Pietät und Sitte, die den Kindern gebot, für die Sacra des Verstorbenen und vielleicht auch für die Schulden zu haften. Aber nicht bloß daraus, sondern weil überhaupt bei ihnen von einem andern Erwerb als ipso iure keine Rede sein konnte. Wie der Vater leiblich in ihnen fortlebte, so hörte mit seinem Tode ihre Unselbständigkeit auf und sie wurden von selbst Herren des Erbe. Darum möchte, da sie factisch den Knechten gleich standen, anfangs auch nicht zwischen dem Erwerb eines Suus und eines durch Testament berufenen Sclaven unterschieden worden sein. Zu einer rationellen Begründung aller dieser Beziehungen, wie sie dem spätern Recht eigen war, kam es natürlich im ältern Recht nicht.

Der Anfall ipso iure und der Zwang zum Antritt war nach den ältern Verhältnissen für die Kinder ebenso vortheilhaft wie für die Familie und die Ehre des Vaters. Der Gedanke der spätern Juristen, daß die Sui Condomini des Vermögens seien, war gewiß schon dem ältern Recht nicht fremd, wenn er auch nicht

gleich zur Aufstellung eines besondern Notherbenrechts führte. Ja er wirkte vielleicht selbst bei dem servus cum libertate institutus, denn wurden Sclaven zu Erben eingesetzt, so waren sie gewiß bei Lebzeiten des Erblassers ebenfalls Mitverwalter des Vermögens und insoweit den Sui gleichgestellt gewesen. Später freilich wurde das anders: die Suität wurde im Fall der Ueberschuldung ein Nachtheil für die Kinder; die Necessarietät der servi cum libertate instituti ein Mittel zu Gunsten des Schuldners, gewisse Nachtheile von sich und seiner Familie abzuwenden.[169]

Bei den Agnaten und Gentilen dagegen war der Ausschluß eines Zwangs von jeher natürlich. Sie gehörten nicht zur Familie im engern Sinn oder zum Haus, weder in Bezug auf den Cultus noch die Oekonomie desselben, die Pietät verlangte also bei ihnen nicht in dem Grade wie bei den Sui eine Uebernahme der Sacra und Schulden. An eine Necessarietät zu ihren Gunsten aber konnte vollends nicht gedacht werden. Das Haus wechselte nicht bloß seinen Herrn, es starb aus, und dieser Unterschied mußte schon in frühster Zeit dem Recht deutlich werden. Nur dürfen wir nicht denken, daß er ursprünglich auch die gleiche Bedeutung gehabt habe wie später, und die Agnaten in der That sich häufig der Erbschaft entzogen hätten. Sie durften es thun, weil die Sitte ihnen keinen Zwang auferlegte, aber sie thaten es nicht, so lange kein Anlaß dazu vorhanden war. Geschah es, so blieben sie darum doch die berufenen Erben, denn der Anfall, um diesen Ausdruck beizubehalten, war einmal erfolgt und konnte nicht wieder rückgängig gemacht werden. Der Satz, daß die Erbenqualität nicht von dem Willen des Erben abhängt, ist so natürlich, daß er auch dem ältern römischen Recht nicht gefehlt haben kann; sobald einmal das Erbrecht feststeht, kann es von den Berechtigten nicht wieder abgetrennt werden. Daher die Regel semel heres semper heres, die später mit Ausbildung der successiven Delation den andern Sinn erhielt, daß kein Erbe auf Zeit möglich sei, ursprünglich aber selbst die Möglichkeit einer mehrmaligen Succession ausschloß.

Der mangelnde Unterschied zwischen Delation und Acquisition

hängt demnach wesentlich mit dem Satz zusammen: in legitimis hereditatibus successio non est. Sehr richtig bemerkt Leist, daß er ursprünglich „in omnibus hereditatibus" gelautet haben müsse, denn es gab anfangs keinen Uebergang von der Testaments- zur Intestaterbfolge, wenn das Testament durch Tod oder Verzicht des Erben destitut ward, bis später durch erweiternde Interpretation der Gesetzesworte „si intestatus moritur" ein solcher zugelassen wurde. Für die gesetzliche Civilerbfolge aber blieb das alte strenge Recht in Kraft, auch später als der Satz nicht mehr paßte und das Bedürfniß nach einer Succession fühlbar geworden war. Ein solches wurde erst empfunden, als wirklich Fälle vorkamen, in denen der Testamentserbe oder der zweite oder dritte gesetzliche Ordo die Erbschaft ausschlugen. Der einmal berufene Erbe war und blieb Erbe und konnte doch nicht zum Antritt gezwungen werden, nicht einmal zu einer Erklärung darüber. Kamen nun solche Fälle häufiger vor, wurden öfters Bona vacant, so mußte der Mangel einer Deliberationsfrist und einer successiven Berufung abgestellt werden. Daher seitdem die Cretio für Testamente, die Pro Herede Usucapio, die Maßregeln der Pontifices zu Gunsten der Sacra, endlich die prätorische Bonorum Possessio, womit schließlich den Mängeln mit einem Male abgeholfen und den verschiedensten Interessen genügt wurde, den entferntern Erben, wie den Pontifices und den Erbschaftsgläubigern. Alle diese Institute aber sind jünger als die zwölf Tafeln und haben sich erweislich erst im Anschluß an dieselben ausgebildet.[170] Und zugleich damit hat sich der Unterschied zwischen Delation und Acquisition ausgebildet; er konnte erst in's Bewußtsein treten, sobald solche künstlichen Institute, wie die Cretio, die Pro Herede Usucapio und die Successio, entstanden.

Dasjenige Institut, worin der Uebergang am deutlichsten hervortritt, ist die Pro Herede Usucapio. Man wollte ein Mittel haben, nicht bloß um den Erben überhaupt, sondern um ihn möglichst rasch zum Antritt zu nöthigen. Die Haftpflicht des Erben für die Sacra und Schulden könnte sich vielleicht schon vorher festgestellt haben, der Begriff der Universalsuccession dagegen scheint sich erst im Anschluß an die Pro Herede Usucapio ausgebildet zu

haben. Dies Wie ist dabei freilich sehr ungewiß. Aber bei einem Institut, das wie das unsrige im Ganzen noch einer rohen Entwicklungsstufe angehört, ist es gewiß unstatthaft, ihm gleich einen abstracten Begriff unterzuschieben und die Usucapion als Ersitzung der unkörperlichen Universitas aufzufassen. Hatten die zwölf Tafeln für nöthig gefunden, den Aufwand bei der Leichenfeier zu beschränken, so deutet das ebenfalls noch auf eine rohe Cultur, wenn auch nicht mehr auf ganz einfache Verhältnisse: ähnliche Beschränkungen kommen bei uns seit dem dreizehnten Jahrhundert vor. Der Aufwand setzt Reichthum voraus, machte aber in vielen Fällen auch die Erbschaft lästig, weshalb öfter mit dem Antritt gezögert werden mochte, zum Schaden der Sacra wie der Gläubiger. Einer solchen Zeit konnte die Pro Herede Usucapio zusagen, wonach wenn nicht sogleich der Antritt erfolgte, die Erbschaft als herrenlos gedacht und der Ersitzung des ersten besten Occupanten preisgegeben wurde. So gefährlich die Sache aussieht, war sie in Wirklichkeit wohl nicht, denn Fremde konnten viel seltener in den Besitz gelangen wie die weitern Erben: factisch möchten also in der Regel nur diese davon Gebrauch gemacht haben. Damit war dem Bedürfniß abgeholfen. Die Besitzergreifenden mußten dann wie billig für die Sacra und die Schulden haften, in demselben Verhältniß, in welchem sie Antheil an der Erbschaft hatten und die in Besitz genommenen Stücke werth waren. Auf complicirte Vermögensverhältnisse war das Mittel nicht berechnet, solche gab es aber auch noch nicht.

Will man dagegen die Usucapion von Anfang an auf die ideelle Hereditas beziehen, so kehrt man die geschichtliche Ordnung um: aus dem Sinnlichen und Greifbaren wurde das Begriffliche und Ideelle erst abstrahirt. An die körperliche Erbschaft knüpften sich Rechte und Pflichten, mehrere Usucapienten wurden zugleich zugelassen, man mußte ideelle Erbschaftsquoten annehmen, und so gelangte man allmählich zum Gedanken der Universalsuccession. Nicht weil der Erbe die Person des Erblassers fortsetzte, wurden die Usucapienten verpflichtet, die Sacra zu bestreiten und die Gläubiger zu befriedigen, sondern weil man sie dazu verpflichtete,

konnte sich der Begriff der Universalsuccession bilden und der Gedanke entstehen, daß der Erbe die Person des Erblassers fortsetze. Dabei soll indeß die Rückwirkung des Gedankens auf den Bildungsprozeß des Rechts nicht geläugnet werden; ohne das wäre man weder zur Usucapion im spätern Sinne, noch zur Universalsuccession gekommen. Aber wenn man mit der abstracten Hereditas anfängt, statt sie aus der concreten hervorgehen zu lassen, scheint man doch das natürliche Verhältniß zu verkennen. Der erste Schritt war ohne Zweifel der, daß man durch den Besitz der körperlichen Sachen rechtlich zur Bestreitung der Sacra (und Schulden) verpflichtet wurde, hieraus ergab sich die Folge, daß es nicht bloß die körperlichen Sachen seien, die man erwerbe, sei es durch Hereditas oder Pro Herede Usucapio, und nun wurde auch die letztere als Ersitzung des Erbrechts aufgefaßt. Daß dies die Stufenfolge war, wie sich die Institute ausbildeten, ergiebt sich schon daraus, daß die Hereditatis Petitio erst mit der Pro Herede Usucapio aufkam. Vorher, so lange Niemand als der vom Civilrecht Berufene Erbe werden konnte, brauchte man nur Vindicationen und persönliche Klagen. Als aber mit der Usucapion der Erbschaftssachen binnen Jahresfrist ein Erbrecht erworben wurde, wobei der eigentliche Erbe vielleicht gar nicht wußte, welche Sachen sich im Besitz des Gegners befanden, wurde ein Rechtsmittel nöthig, das principiell auf Anerkennung des Erbrechts und folgeweise auf Herausgabe aller dazu gehörigen Sachen ging. Und damit bildete sich zugleich die Universalsuccession zu einem anerkannten Rechtsbegriff aus: ohne Hereditatis Petitio ist sie als ein solcher nicht denkbar, wenn auch der Gedanke eher entstand als die Klage. Die Vindicatio ist das Einfache, Aeltere, auch für den Erben, die Hereditatis Petitio das Abgeleitete, Künstlichere, aber doch nicht etwa von vornherein aus Reflexion hervorgegangen, sondern zunächst als Gegenmittel gegen die Pro Herede Usucapio. So stieg man allmählich, durch das praktische Bedürfniß geleitet, zur begrifflichen Ausbildung fort, genau so wie sich die Institute im Leben als nothwendig herausstellten.

Wie es scheint hat man sich durch die spätere Gestalt der

Usucapion irre machen lassen. Denn hiernach faßte man dieselbe wieder nur als Ersitzung der einzelnen Erbschaftssachen, nicht mehr als Ersitzung des Erbrechts oder der Hereditas selbst auf. Damit ist aber nicht gesagt, daß sie von Anfang an eine Ersitzung des Erbrechts gewesen sein müsse. Vielmehr kam das spätere Recht, wie das in der Geschichte nichts Seltenes ist, auf denselben Punkt zurück, von wo es ausgegangen war, nur daß sich inzwischen eine Menge von andern Instituten ausgebildet hatten, welche die Pro Herede Usucapio überflüssig machten und ihrer Beschränkung auf einen bloßen Singularerwerb nichts in den Weg legten. Sie leistete nicht mehr das, wozu sie ursprünglich berufen war, aber es war auch nicht mehr nöthig, daß sie es leistete: sie war die Brücke gewesen, die von rohen Anfängen aus zu einem künstlichen System des Erbrechts geführt hatte und die man darum, sobald letzteres gesichert war, wieder abbrechen konnte; oder das Gerüst, ohne welches der Bau nicht hätte vollendet werden können, das aber durch den Bau selbst unnöthig wurde.

Denn daß die Pro Herede Usucapio nicht mehr ausreichte, sobald die Vermögensverhältnisse verwickelter wurden, liegt auf der Hand. Wo wäre man hingekommen, wenn ein Vermögen vielleicht zum größten Theil aus Forderungen und Schulden bestand, und die einzelnen Usucapienten, die vielleicht gar nicht zu ermitteln oder in allen vier Weltgegenden zerstreut waren, pro Rata hätte haften sollen? Deshalb scheinen die Pontifices schon früh, unabhängig vom Recht der Hereditas eine eigne Ordnung aufgestellt zu haben, nach welcher die Haftpflicht für die Sacra sich bestimmte, und hiernach kamen nicht mehr die Usucapienten pro Rata, sondern nur der, welcher den größten Theil des Vermögens in Besitz genommen hatte (si maiorem partem pecuniae capiat). Indeß nicht allein die Schwierigkeit der Berechnung, auch die Unbilligkeit, die der Usucapion zu Grunde lag, mußte das Institut einem höher entwickelten Rechtsgefühl verwerflich erscheinen lassen, um so mehr, je leichter bei zerstreuten Vermögensbeständen ein widerrechtlicher Erwerb möglich war. Ein Institut, das für die Zeit der zwölf Tafeln und für das Gebiet einer einzigen Stadt passend sein

mochte, mußte zweihundert Jahre später, zur Zeit der punischen Kriege, sich überlebt haben. Dazu kam, daß andere Mängel des Civilrechts, wie der Ausschluß einer successiven Delation, dadurch gar nicht oder nur ungenügend abgestellt wurden, da es den entferntern Erben, sobald nähere vorhanden waren, die mit dem Antritt säumten, kein unmittelbares Recht, sondern nur die Möglichkeit zu usucapiren gewährte.

In diese Zeit fällt die Entstehung der Bonorum Possessio, die wie es scheint dem Edict der Pontifices nachgebildet wurde, um in ähnlicher Weise für die Gläubiger zu sorgen wie das Edict es für die Sacra that. Aber vermöge der allen prätorischen Rechtsbildungen eignen Elasticität hatte sie eine weit größere Tragweite als die Pro Herede Usucapio. Sie wirkte der letztern nicht bloß äußerlich entgegen, indem sie ihr kaum noch erheblichen Spielraum ließ, sondern trat auch innerlich an ihre Stelle, indem sie alle Functionen derselben erfüllte, nur ohne die Nachtheile, die damit verbunden waren, und auf eine dem fortgeschrittenen Rechtsbewußtsein viel zusagendere Weise. Seitdem — etwa in der Zeit von der lex Voconia bis auf Cicero — konnte nun auch der Gedanke entstehen, daß die Pro Herede Usucapio als Ersitzung des Erbrechts etwas Unjuristisches sei. Sie wurde also auf den lucrativen Erwerb körperlicher Erbschaftsstücke beschränkt, mußte aber in dieser jüngern Gestalt um so mehr als unbillig erscheinen. Dennoch schaffte man das altehrwürdige Institut, das die spätere Zeit kaum noch verstand, nicht förmlich ab, sondern entzog ihm nur den Boden: zuerst durch das zu Gunsten des bonorum possessor eingeführte Interdict, wonach die zur Erbschaft gehörigen Sachen selbst nach vollendeter Usucapion herausgegeben werden sollten; dann indem Hadrian dieselbe Kraft auch der Hereditatis Petitio beilegte; endlich indem bald darauf die Beraubung einer Erbschaft zu einem eignen Crimen extraordinarium gemacht wurde. Vollkommen beseitigt wurde es erst durch Justinian.[171]

So reich und künstlich nun auch das spätere römische Erbrecht im Vergleich zum deutschen erscheinen mag, seine Vorzüge sind doch hier wie überall nur relative, und es ist ein Irrthum,

wenn man glaubt, das römische Recht sei als solches unmittelbar bei uns praktisch geworden, nur etwa modificirt durch den Usus modernus. Denn dieser Usus modernus ist, wenn er richtig gefaßt wird, nichts weniger als ein auf deutschen Grundlagen ruhendes Erbrecht. Wir lassen uns die ausgebildeten römischen Institute zur Ergänzung unseres Rechts gefallen, aber wir bringen darum nicht dessen Vorzüge zum Opfer und schrauben Sitte und Leben auf die römische Cultur zurück. Trotz seiner mangelhaften technischen Durchbildung enthält das deutsche Erbrecht im Vergleich zum römischen einen wesentlichen Fortschritt, nur müssen wir ihn auf einem andern Gebiet suchen als da wo die Vollendung des römischen liegt. Die formelle Seite unseres Erbrechts geben wir preis, weil sie nur für eine minder entwickelte Culturstufe berechnet war, nicht mehr für die spätere seit dem sechzehnten Jahrhundert. Die materielle aber müssen wir um so entschiedener festhalten, weil hier unser Recht von Haus aus höher steht als das römische, selbst schon das ältere des Mittelalters. Wir können uns weder mit der Intestaterbfolge befreunden, wie sie das römische Recht in seiner jüngsten Gestalt aufstellt, noch mit dem Uebermaaß von Testirfreiheit, die demselben eigen ist, noch mit dem verwickelten und gleichwohl unzureichenden Notherbrecht. Von dieser Seite her sind nun die drei Arten der römischen Erbfolge noch näher zu betrachten.

Die römische Ordnung, in welcher die drei Arten der Succession auf einander folgen, ist Testament, Notherbenrecht und Intestaterbfolge. Die Lehrbücher des heutigen Rechts classificiren gewöhnlich anders und stellen die Intestaterbfolge voran. Allein sie tragen damit, wenn auch vielleicht unbewußt, eine deutsche Anschauung in das römische Recht hinein. Nach unsern Begriffen muß man allerdings so disponiren, denn die gesetzliche Erbfolge ist bei uns immer noch die Regel, sie ist auch jetzt wie zu Tacitus' Zeiten eine Familienerbfolge, und dazu verhält sich die testamentarische innerlich wie äußerlich nur als Ausnahme, jenes indem sie nicht sowohl als Correctiv wie als Ergänzung der gesetzlichen auftritt, dieses indem selbst in der Gegenwart der Gebrauch der

Testamente lange nicht so allgemein ist als einst in Rom. Indeß das römische System ist anders: es hat früh den natürlichen Ausgangspunkt des Erbrechts, die Familie, verlassen und an seine Stelle die letztwillige Verfügung des Paterfamilias gesetzt. In jedem Fall wird zuerst nach einem Testament gefragt, das hierauf ruhende Erbrecht gilt als das regelmäßige, und erst wenn ein Testament fehlt, tritt die gesetzliche Erbfolge als Surrogat der testamentarischen ein. Das liegt nach Bluntschli's treffender Bemerkung schon im Ausdruck Intestaterbfolge, die gleich im Namen den Mangel eines Testaments voraussetzt, ein negativer Begriff, während der deutsche Ausdruck Familienerbfolge etwas Positives ist und in seiner ältern intensiven Bedeutung umgekehrt sogar die Gültigkeit eines Testaments ausschließt. Auch der altrömische Ausdruck hereditas legitima ist nicht so deutlich und bestimmt als der deutsche, denn die gesetzliche Erbfolge läßt, wenn auch nicht für den individuellen Fall, doch wenigstens im Allgemeinen willkürliche Bestimmung zu, die Familienerbfolge schließt auch diese aus und bleibt auf dem natürlichen Grund alles Erbrechts stehen. Sie bedarf keiner gesetzlichen Bestimmung, weil sie der gegebenen Ordnung und Verzweigung der Familie auf dem Fuß nachfolgt, und wo der Familiensinn noch tief und lebendig ist, wird es in der That keine solche geben. In diesem Sinn können wir sagen, daß das ältere deutsche Recht nicht einmal ein gesetzliches Erbrecht gekannt hat. Und wirklich enthalten die ältesten Quellen gerade über die Erbfolgeordnung nur äußerst wenige oder gar keine Vorschriften, sie wird überall stillschweigend vorausgesetzt, ja diese Lücke ist so groß, daß die moderne Jurisprudenz alles Ernstes in Zweifel über die ursprüngliche Successionsordnung gerathen konnte. Da helfen denn freilich keine Gründe, denn wenn wir den feinen Familiensinn nicht mehr haben, wie ihn unsere Altvordern hatten, so können wir ihn auf abstractem Wege durch Reflexion und Logik nicht wieder herstellen.

Wo es nun aber keine Familienerbfolge mehr giebt, wie im spätern Rom, da wird wenigstens für die allernächsten Verwandtschaftsgrade, für die Kinder und auch die Eltern und Geschwister,

das Bedürfniß nach einer Art Ersatz rege werden, ein Erbrecht, das unbeschadet der Testirfreiheit doch nicht ohne Grund wie etwa aus bloßer Laune ihnen entzogen werden soll. Das ist das Notherbenrecht, das unter allen Umständen, auch bei letztwilliger Verfügung gewahrt bleiben muß, wenn nicht das Testament entweder ganz oder so weit es die Notherben verletzt, ungültig werden soll. Die Notherbfolge, welche da wo es keine Testamente giebt mit der gesetzlichen zusammenfällt, tritt also in diesem Fall zwischen die testamentarische und gesetzliche in die Mitte: sie ist in der gesetzlichen enthalten, so daß sie da wo Intestaterbfolge Statt findet nicht davon unterschieden wird, hat aber das vor ihr voraus, daß sie durch Testament entweder gar nicht oder nur in einzelnen vom Gesetz zugelassenen Fällen abgeändert werden kann.

Gleich mit Beginn der beglaubigten Geschichte erscheint im römischen Recht die individuelle Vermögensfreiheit auch auf letztwillige Verfügungen ausgedehnt. Wie der Paterfamilias bei seinen Lebzeiten frei über Habe und Eigen verfügen kann, so kann er dies auch auf seinen Todesfall. Das deutsche Recht hat dagegen bis an's Ende des Mittelalters den Satz festgehalten: wer über den Tod hinaus verfügt, vergiebt nicht was sein, sondern was des Andern ist: solus Deus heredem facere potest, non homo. Schroffe Gegensätze, die wie es scheinen könnte lediglich in nationalen Rechtsansichten ihren Ursprung haben. Uns will noch jetzt der deutsche Gedanke natürlicher scheinen: das Vermögen gehört der Familie, Erben sind nur die Kinder oder in deren Ermangelung die weitern Verwandten. Allein auch der römische Gedanke ist an und für sich, von seinem möglichen Mißbrauch abgesehn, durchaus kein unnatürlicher: daß der Wille des Erblassers auch nach dem Tode noch im Vermögen fortdauert und diesem seine Bestimmung anweist. So ohne Weiteres läßt sich gar nicht sagen, welcher den Vorzug verdiente. Beide haben neben einander Berechtigung und es kommt nur auf die Culturstufe der Zeit an, wenn wir über den einen oder andern entscheiden wollen.

Das Aelteste und Ursprünglichste ist allerdings reine Familienerbfolge. Im Lauf der Entwicklung aber wird dies Einfache und

Natürliche, wenn es unter allen Verhältnissen die Möglichkeit entzieht über den Nachlaß zu verfügen, widernatürlich. Es ist gerade die Kirche gewesen, die im Mittelalter die Testamente zu begünstigen suchte, und wenn wir dabei nicht vergessen wollen, daß sie es in ihrem Interesse that, so folgte sie doch nur dem Zug der Entwicklung. Denn daß die Kirche bedacht werden könne, war eben auch ein Postulat der Zeit und der Cultur. So lange es sich bloß um Erbgüter handelt, kann man dem Einzelnen freilich keine Dispositionsbefugniß einräumen. Er hat die Güter gar nicht erworben, sie sind ihm von der Familie aufgeerbt, und er hat deshalb auch die Pflicht, sie ihr zu erhalten: er erscheint als zeitweiliger Nutznießer und Träger der Familie. Sobald aber Arbeit und Capital selbständige Factoren der Gütererzeugung werden und an Bedeutung neben und vor das Grundvermögen treten, sobald Gewerbe, Handel und Industrie aufkommen, muß sich die individuelle Dispositionsbefugniß erweitern: was Jemand selbst erarbeitet und erspart oder was er mit seinem Gelde erkauft hat, das hat er der Familie nicht mehr zu verdanken, es ist daher billig, ihm auch eine letztwillige Verfügung darüber einzuräumen. Natürlich wird es unter gesunden Verhältnissen Keinem einfallen, sie zum Nachtheil seiner Kinder oder der sonstigen nahen Erben zu mißbrauchen, denn der mächtigste Reiz und Trieb zum Sparen und Erwerben liegt eben in der Hoffnung, für Kinder und Familie sorgen und ihre künftige Lage verbessern zu können. Allein für diejenigen Fälle, wo keine nahen Erben vorhanden sind, für die Möglichkeit, neben der Familie zugleich die Armen zu bedenken, von einer Million etwa einen Theil für wohlthätige Stiftungen zu verwenden, oder in einzelnen Fällen das Vermögen nicht nach abstracten Quoten, sondern nach seinen verschiedenen Elementen der Individualität der Erben gemäß zu vertheilen, muß doch Rath geschafft werden, und deshalb stellt sich mit steigender Bedeutung des Capitals auch die Testirfreiheit innerhalb gewisser Grenzen als nothwendig heraus. Mit andern Worten, sie entspricht auf höhern Culturstufen ebenso dem Bedürfniß, wie die reine Familienerbfolge auf den niedern. Es sind relative Verhältnisse, die an sich gleich gut sind, sofern

auf jedem Punkt der Entwicklung das Recht genau dem Leben entspricht. Für das Mittelalter reichte noch Familienerbfolge aus, für die Römer und ihre städtische Entwicklung waren Testamente nöthig, für die Gegenwart ist Beides mit einander zu verbinden. Denn wie das Capitaleigenthum der Natur der Sache nach intensiver ist als das Grundeigenthum, mußte mit steigender Entwicklung des erstern auch bei uns die Testirfreiheit sich ausbilden. Und insofern bezeichnet sie der reinen Familienerbfolge gegenüber allerdings einen Culturfortschritt, gerade so wie der Uebergang vom bloßen Ackerbau zum Handel und Gewerbe. Wie aber jeder Fortschritt ein zweischneidiger ist, mit seinen Vortheilen zugleich Nachtheile sich einstellen, so ist dies auch bei der Testirfreiheit der Fall, indem sie einen Mißbrauch möglich macht, der ohne sie nicht vorhanden wäre. Ihr rechter Gebrauch setzt ein sittlich gesundes Volksleben, vor Allem die Anerkennung und Heilighaltung der Familienbande voraus. Dann, aber auch nur dann, kann das Princip der letztwilligen Dispositionsfreiheit sich mit dem der Familienerbfolge verbinden und eine durch die spätere Entwicklung im Recht entstehende Lücke ausfüllen. Das ist, seitdem in Folge der städtischen Entwicklung auch bei uns Testamente aufgekommen sind, jetzt glücklicher Weise noch immer der Fall; es denkt Niemand daran, von Ausnahmsfällen abgesehn, durch Testament seinen Kindern die Erbschaft zu entziehen oder zu schmälern, sondern man braucht dasselbe nur in dem oben angedeuteten Sinne, oder um Erben zu rufen, die das fremde Recht unbilliger Weise ausschließt oder hintansetzt wie zum Beispiel Ehegatten.

Ein Anknüpfungspunkt, um zu letztwilligen Verfügungen zu gelangen, ergab sich für das römische Recht schon aus der absoluten Natur der väterlichen Gewalt. Wir könnten auch sagen in der Anerkennung der individuellen Dispositionsfreiheit, denn beides läuft ziemlich parallel, oder in der frühzeitigen Entwicklung des Staats, weil dieser der Familie gegenüber als Garant der letztwilligen Verfügungen erscheint. Aber Eins hängt mit dem Andern zusammen, und daß eine verschiedene Ableitung derselben möglich ist, zeigt eben, daß sie schon früh in Sitte und Leben des römischen

Volks begründet waren und zu dem wesentlichen Charakter seines Rechts vortrefflich stimmen. Die Testirfreiheit selbst erscheint als Ausfluß der väterlichen Gewalt, die Art und Weise ihrer Ausübung, daß sie nur als einseitige, jederzeit widerrufliche Verfügung, nicht in Gestalt von Erbverträgen möglich ist, als Folge der individuellen Willensfreiheit und der Unzulässigkeit einer Beschränkung politischer Rechte (civitas), die Form endlich, in welcher das älteste Testament erscheint, als Folge der Oeffentlichkeit des ältesten Rechtsverkehrs und des Gedankens, daß die Familienerbfolge nicht ohne Mitwirkung oder wenigstens Mitwissenschaft des Populus abgeändert werden solle. Darauf deutet auch, daß die comitia calata, die jährlich zweimal zum Zweck der Testamentserrichtung abgehalten wurden, unter Leitung der Pontifices standen, wie denn gewiß die Sitte ursprünglich keine willkürlichen Dispositionen zuließ, wodurch das Recht der nächsten Erben ohne Grund verkürzt worden wäre. Auch in Rom dienten die Testamente anfangs nur zur Ergänzung des natürlichen Erbrechts, und darum bedurfte es im alten Recht noch keiner Hülfe gegen ihren etwaigen Mißbrauch. Sie waren wie bei uns ein bequemes Mittel, um etwa einer Theilung der Güter vorzubeugen, die Theilung selbst zu regeln, einen Erben zu ernennen wo es an einem solchen fehlte, neben den Sui zugleich die Emancipati zu rufen, eine ungenügend ausgestattete Tochter in der Manus des Mannes zu bedenken: kurz um für die Individualität der concreten Fälle ein besseres Recht zu schaffen als die gesetzliche Erbfolge es vermochte. Auf gleicher Linie mit der Testamentserrichtigung comitiis calatis steht die in procinctu, wobei das aufgestellte Heer die Volksversammlung vertrat, also ebenfalls die vollkommene Oeffentlichkeit der letztwilligen Verfügungen gewahrt blieb. Mit beiden Formen reichte man aus, so lange der Staat nur ein kleines Gebiet umfaßte und die Comitien oder der Procinctus in der That die Bedeutung einer versammelten Land- und Stadtgemeinde hatte. Sie genügten für einfache Verhältnisse und gewährten die beste Garantie gegen Mißbräuche.

Allein schon früh, noch vor dem Zwölftafelgesetz, trat neben sie eine Privatform, das testamentum per aes et libram, wodurch

die beiden älteren allmählich verdrängt wurden. Zwar ist der Gebrauch der Mancipation zum Zweck der Testamentserrichtung erst ein abgeleiteter, da die Form des Kaufs hier augenscheinlich unpassend ist, indeß fällt die Uebertragung doch schon in die vorgeschichtliche Zeit und mag vielleicht gleichzeitig mit der Umbildung der Mancipation zu einem bloßen Symbol Statt gefunden haben. Der Erblasser mancipirte sein Vermögen an den Erben als den familiae emtor und trug ihm dabei in der nuncupatio seine übrigen letztwilligen Verfügungen, wie Vermächtnisse und Vormundschaften auf. Diese Privatform hatte vor den zwei andern nicht blos die größere Leichtigkeit, daß sie auch in Nothfällen angewandt werden konnte (si subita morte urgebatur), sondern auch den Vortheil voraus, daß der Inhalt der Verfügung nur den fünf Zeugen, dem Libripens und Antestatus bekannt zu werden brauchte. Ob ihre Wirkungen gleich anfangs der solennen Testamentsform gleich standen, wissen wir nicht, der praktische Erfolg muß aber derselbe gewesen sein, auch wenn sie zuerst nur als Surrogat der solennen Form galt. Jedenfalls gehört ihr Ursprung einer Zeit an, wo es noch keine Universalsuccession und noch keinen Unterschied zwischen Delation und Acquisition gab, so daß der familiae emtor, dem die einzelnen Eigenthumsstücke mancipirt waren, allerdings loco heredis war, indem ja auch dieser noch nicht im spätern Sinn in die Person des Verstorbenen succedirte und selbst wenn er sich nachmals der Erbschaft entzog doch Erbe blieb. Eine weitere Entwicklung des Mancipationstestaments konnte erst mit der Ausbildung des römischen Erbrechts überhaupt eintreten, als die Erbschaft sich zum Begriff der Universitas erhob und eine Theilung derselben nach Quoten möglich wurde. Das aber ist vor dem Zwölftafelgesetz nicht geschehen, es wird daher auch die jüngere Form des Mancipationstestaments erst im Anschluß an dieses entstanden sein. Materiell erhielt dagegen die Testirfreiheit durch die Zwölftafeln eine feierliche Sanction: uti legassit super familia pecuniaque tutelave suae rei ita ius esto; und diese bezog sich auch auf das Testamentum per Aes et Libram: cum nexum faciet mancipiumque uti lingua nuncupassit ita ius esto. An die

Bestätigung der zwölf Tafeln schließt sich wohl auch der spätere Sprachgebrauch, wonach das Erbrecht der Familie Hereditas legitima oder Intestatsuccession genannt wurde. Hereditas legitima konnte es erst durch die gesetzliche Bestimmung werden, während es vorher auf Sitte und Herkommen ruhte; Intestaterbrecht war es, weil es nach den Worten, womit das Gesetz seine erbrechtlichen Vorschriften begann, die Nichtexistenz eines Testaments zur Voraussetzung hatte. Der erste Ausdruck begriff das civile Erbrecht, soweit es durch das Gesetz positiv bestätigt wurde, der zweite war allgemeiner und umfaßte auch die spätern nicht civilen Erweiterungen des Erbrechts. Ihrer innern Bedeutung nach galt selbst die gesetzliche Erbfolge nicht als solche im eigentlichen Sinn. Sie blieb vielmehr was sie gewesen war, ein non publicum ius, das durch Privatdisposition beliebig abgeändert werden konnte: ein Stück Familienrecht, das nicht aus einem öffentlichen Gesetz hervorgegangen, sondern wie die Familie überhaupt der Verfügung ihres Herren unterworfen war. Umgekehrt könnte man eher die testamentarische Erbfolge eine legitima nennen, denn so lange die beiden solennen Testamentsformen angewandt wurden, war in der That jedes Testament in Form und Kraft einer Lex errichtet. Schon darum verstand es sich von selbst, daß ein solches der Familienerbfolge, die anfangs nur auf Sitte und Gewohnheit ruhte, unbedingt vorgehen mußte. Hieran schloß sich auch die Regel: nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest, zuerst vielleicht in Folge einer Buchstabeninterpretation der Zwölftafeln, da ein Erblasser, auch wenn er nur über den kleinsten Bruchtheil seines Vermögens letztwillig disponirt hatte, doch nicht intestatus verstorben war, die gesetzliche Erbfolge also ausschloß, aber im Geist des Rechts überhaupt, das die individuelle Willensfreiheit überall höher stellte, als die generelle gesetzliche Bestimmung, welcher nur subsidiäre Geltung zugestanden wurde. Einen innern Grund für die Regel giebt es nicht, wenigstens keinen zwingenden, denn es könnte ebenso gut die entgegengesetzte gelten, wie es bei uns im Mittelalter wirklich der Fall war. Auch scheute sich das spätere Recht nicht, Ausnahmen zu machen, wo die Um-

stände solche zu fordern schienen; so bei dem Soldatentestament, in gewissem Sinn bei dem civilen Notherbenrecht und der prätorischen bonorum possessio contra tabulas, und vor Allem bei der querela inofficiosi testamenti: nec absurdum videtur, pro parte intestatum videri.[172]

Die weitere Geschichte des römischen Testaments besteht in einer fortschreitenden Erleichterung der Testamentsformen, so daß zuletzt fast nur das Erforderniß einer deutlichen und bestimmten Willenserklärung übrig blieb. Schon das Mancipationstestament selbst gehört dieser Richtung an, es wurde aber allmählich seiner civilen Solennitäten entkleidet und machte endlich einer freiern Form Platz, die sich zwar aus ihm entwickelt hatte, jedoch kaum noch in einzelnen Spuren daran erinnerte. Bald nach den zwölf Tafeln, wenn nicht schon vorher, verlegte man die Erbeinsetzung aus dem symbolischen Verkauf der Familie in die Nuncupation oder lex mancipationis, so daß der Familiä Emtor zur bloßen Solennitätsperson wurde und der eingesetzte Erbe ein Anderer war. Dadurch ward es möglich, auch Abwesende und mehrere Erben zugleich zu ernennen, was bei der ursprünglichen Gestalt des Mancipationstestaments nicht der Fall gewesen war. Dann fing man an, der mündlichen Nuncupation schriftliche Tafeln zu substituiren, um den letzten Willen bei Lebzeiten geheim halten zu können: erst wurde die Mancipation vorgenommen, hierauf die Urkunde vorgezeigt und in der Nuncupation für die unbekannte letztwillige Verfügung erklärt, worauf zum Schluß der Familiä Emtor, der Libripens und die fünf Zeugen sie zusiegelten und den Siegeln ihre Namen beischrieben, damit die Identität der Urkunde festgestellt werde.[173] Daneben blieb zwar die ältere mündliche Form ebenfalls in Gebrauch, allein bei irgendwie verwickelten Anordnungen war die schriftliche Abfassung schon der Sicherheit wegen unumgänglich, und sie wurde bald zur herrschenden Regel. Später fielen Mancipation und Nuncupation als überflüssige Solennitäten hinweg, seitdem der Prätor zur Ertheilung seiner Bonorum Possessio nur eine äußerlich unversehrte Urkunde forderte und Mark Aurel dem Bonorum Possessor gegen die Civilintestaterben eine Exceptio doli gab. So

entstand das sogenannte prätorische Testament, septem signis signatum, woran sich zunächst die Formen der Kaiserzeit anschlossen, eine mündliche vor sieben Zeugen, und eine schriftliche mit Unterschrift und Siegelung der Zeugen. Außerdem kamen in der christlichen Kaiserzeit wieder zwei öffentliche Formen auf, aber freilich von so einfacher Art, daß sie fast bequemer waren als die privaten, Erklärung zu gerichtlichem Protokoll (testamentum apud acta conditum), und Uebergabe der Urkunde an den Kaiser (testamentum principi oblatum). Aber auch hierbei blieb man nicht stehen, sondern gab für einzelne Stände oder Verhältnisse noch besondere Privilegien, um die Ausübung der Testirfreiheit zu erleichtern. Daher das testamentum militum, ruri conditum und parentum inter liberos.

Mit der Vereinfachung der Formen der Testamente geht die systematische Begünstigung ihres Inhalts, der favor testamenti, der sich durch das ganze römische Erbrecht hindurchzieht, Hand in Hand. Es wurde wirklich in demselben Maaß, in welchem die Formen freier wurden, auch von dem testamentarischen Dispositionsrecht freier und allgemeiner Gebrauch gemacht. Charakteristisch ist namentlich, daß sich die bessere Stellung der Staatssclaven (servi publici) den Privatsclaven gegenüber besonders darin ausspricht, daß man ihnen gestattete, über die Hälfte ihres Nachlasses zu verfügen. Und wie die active Testamenti factio der eine Haupttheil des Commerciums ist, so erscheint die passive, aus einem Testament erben zu können, nach römischem Recht fast identisch mit der Erbfähigkeit überhaupt. Ganz wenige specielle Ausnahmsfälle wie die der lex Voconia abgerechnet, ist die Testirfreiheit nie gesetzlich beschränkt worden; der Römer würde darin den empfindlichsten Eingriff in sein Bürgerrecht erblickt haben. Es war daher ganz consequent, daß man ebenso wie der Testamentserbe gegen die Intestaterben begünstigt wurde, dem erstern gegenüber wieder die Legatare auf alle Weise begünstigte, so sehr, daß schon zu Ende der Republik gesetzliche Beschränkungen nöthig wurden. Sie deuten mehr als irgend eine andere privatrechtliche Erscheinung auf den beginnenden Sittenverfall und die Auflösung der Familie. Schon

die lex Cincia, 204 vor Christo, die gegen übertriebene und grundlose Schenkungen gerichtet war, gehört in diesen Zusammenhang. Hieran reiht sich die lex Furia, wahrscheinlich 183, wodurch Legate oder Schenkungen auf den Todesfall über tausend Asse an andere Personen als Verwandte bis zum sechsten Grad (einschließlich des sobrino natus) verboten wurden. Dann folgt die lex Voconia vom Jahr 169, welche die Erbeinsetzung der Frauen wegen ihres zunehmenden Luxus beschränkte, die Befugniß zu legiren dagegen erweiterte (ne cui plus legatorum nomine mortisve causa capere liceret quam heredes caperent). An diese schließt sich die lex Falcidia von 40, wodurch die Legirfreiheit bis auf drei Viertel der Erbschaft erweitert und zugleich eine Erbschaftssteuer auferlegt wurde. Dasselbe geschah durch die lex Julia vicesimaria, 6 nach Christo, die alle testamentarischen Erbschaften und Legate zu Gunsten des Aerars mit fünf Procent besteuerte.[174]

Auch aus diesen Erbschaftssteuern sehen wir, was für ein ausgedehnter Gebrauch von den Testamenten und Legaten gemacht wurde, und zwar nicht blos zu Gunsten näherer und entfernter Verwandten, sondern gerade der Fremden. Denn einer Zeit, in welcher der Gedanke der Familienerbfolge noch lebendig ist, wird eine Erbschaftssteuer selbst für die entfernteren Verwandtschaftsgrade immerhin unmotivirt vorkommen. Wo aber das Familiengefühl abgeschwächt und das Erbrecht lediglich vom Willen des Erblassers abhängig gemacht ist, da erscheint eine Erbschaftssteuer allerdings nicht weniger gerechtfertigt wie eine beliebige andere Erwerbssteuer, zum Beispiel auf Lotteriegewinne. Daß in der That zu Ende der Republik und in der Kaiserzeit der Mißbrauch der Testir- und Legirfreiheit ins Colossale stieg, erfahren wir nicht bloß aus den Gesetzen dieser Periode, sondern auch aus sonstigen Ueberlieferungen. Wissen wir doch, daß es bereits zu Cicero's Zeit Sitte geworden war, jeden angesehenen Freund oder Bekannten im Testament zu bedenken, und daß dem Augustus allein in den letzten zwanzig Jahren seiner Herrschaft durch Legate seiner Freunde an siebzig Millionen Thaler zuflossen.[175] Ebenso zeigen es die Bestimmungen der lex Julia und Papia Poppaea, wonach Ehe-

und Kinderlosen die Erwerbfähigkeit aus Testamenten solcher Personen, die nicht wenigstens im sechsten Grade mit ihnen verwandt waren, ganz oder zum Theil entzogen wurde. Das deutet nicht allein auf den allgemeinen Gebrauch der Testamente, sondern auch der Erbeinsetzung und Honorirung Fremder, weil die Incapacitas der Lex sonst keine wirksame Strafe gewesen wäre. Von einem solchen Zustand ist es nicht mehr weit zu den Vorschlägen des Communismus, der das Familienerbrecht ganz aufheben und an seine Stelle eine Vertheilung des Nachlasses von Staatswegen setzen will. Sobald die Familie sich auflöste, konnte es nicht anders kommen. Der rechte Gebrauch uneingeschränkter Testirfreiheit ist nur bei sittlich unverdorbenen Völkern möglich, wie wir es heut zu Tage etwa in England sehen. Darum sehen wir auch, daß die spätere Entwicklung des römischen Erbrechts vor Allem auf die Berücksichtigung der sogenannten Notherben Bedacht nahm, während in der ältern Zeit gar kein Notherbenrecht oder nur ein formelles bestand, das dem Paterfamilias keinerlei Schranken auferlegte.

Jedes Notherbenrecht setzt eine mißbräuchliche Anwendung der Testamente voraus. So lange es also noch keine Abweichungen von der natürlichen Grundlage des Erbrechts giebt, giebt es auch kein Notherbenrecht, mag nun die Erbfolge allein durch Sitte oder Gesetz, oder zugleich durch Testamente bestimmt werden. Erst wenn es dahin kommt, daß durch die Testirfreiheit die Ansprüche der nächsten Familienglieder verletzt werden, wird eine Beschränkung nöthig. Denn kein Volk kann soweit ausarten, daß seinem Recht die allernächsten Familienbeziehungen wie zwischen Eltern, Kindern und Geschwistern indifferent würden. Mit der Familie wäre es eben selbst untergegangen. Dabei tritt aber wie so oft der Umstand ein, daß die ältere Zeit, in der die Sitte den Gebrauch der Testamente regelt, keiner Beschränkungen bedarf, und daß dieselben später, wo die Sitte Mißbrauch damit treibt, nichts helfen. Das Eine wie das Andere sehen wir aus der Entwicklung, welche das römische Erbrecht genommen hat.

Ursprünglich gab es kein Notherbenrecht, so wenig wie eine

gesetzliche Beschränkung der väterlichen Gewalt. Der Paterfamilias, der das Recht über Leben und Tod seiner Kinder hatte, konnte auch frei über das Erbe verfügen. Und gerade das Recht der Enterbung erschien nothwendig im Interesse der Familie, zum Beispiel um Töchter auszuschließen oder von mehreren Söhnen Einem allein das Erbgut zuzuwenden. Das war die Zeit, wo zwischen Sui und Necessarii kein Unterschied gemacht wurde, wo jene ebenso wie nachmals die Sclaven die Erbschaft antreten mußten und nicht das Recht hatten, ein Testament anzufechten. Indeß wie später überhaupt die väterliche Gewalt sich abschwächte, so faßte man auch die Necessarietät der Sui anders auf und erklärte sie nicht aus der Gewalt des Vaters, sondern aus dem natürlichen Recht der Kinder, die schon bei Lebzeiten des erstern gleichsam Miteigenthümer des Vermögens seien. So mochte, als häufigere Enterbungen vorkamen, von der Theorie gerade aus dem Zwang der Sui zum Erbschaftsantritt die formelle Regel abgeleitet werden, daß solche im Testament wenigstens nicht präterirt werden dürften. Eine materielle Beschränkung war für diese Zeit weder nöthig noch möglich. Dabei war es natürlich, daß man zwischen den Söhnen und den übrigen Sui unterschied, bei jenen, die ja auch sonst ein stärkeres Recht hatten, ausdrückliche und unbedingte Enterbung forderte, bei diesen aber schon eine sogenannte exheredatio inter ceteros für genügend hielt, und wenn dagegen gefehlt war, im ersten Fall Nullität des Testaments, im zweiten nur ein Einrücken der Präterirten, gegen Sui mit einem Virilttheil, gegen Fremde mit der Hälfte, eintreten ließ (Accrescenzerben). Wann und wie diese Sätze zuerst entstanden sind, ist ungewiß; vermuthlich verdanken sie der Interpretation der Juristen und der Praxis des Centumviralgerichts im vorletzten Jahrhundert der Republik ihren Ursprung.[176] Sobald sie einmal fest standen, erfuhren sie bald eine weitere Ausbildung, indem consequenter Weise die Ungültigkeit des Testaments selbst in dem Fall angenommen wurde, wenn die Sui erst nach der Testamentserrichtung geboren waren (Ruption durch agnatio postumi). Anfangs konnte dieser nachträglich eintretenden Ungültigkeit nicht einmal durch Einsetzung der Postumi vorgebeugt

werden, weil sie personae incertae waren, die im Testament nicht bedacht werden konnten, seit Ende der Republik ließ man es, um nicht aus rein äußern Gründen die Fälle der Ungültigkeit zu vermehren, allmählich für alle Arten von Postumi zu, dehnte aber nun die Vorschrift der namentlichen Enterbung auf sämmtliche Postumi männlichen Geschlechts aus. Dabei blieb das civile Notherbenrecht stehen. Es ging weder über den Kreis der Agnaten hinaus, indem nur Sui und Postumi Sui bedacht werden sollten, noch schränkte es die Testirfreiheit anders als in formeller Art ein, so daß der Testator ebensowohl enterben als zum Erben einsetzen konnte, wenn es nur in den vom Civilrecht geforderten Formen geschah.

Den zweiten Satz, daß der Testator nur formell beschränkt werden könne, hielt auch das prätorische Notherbenrecht oder die bonorum possessio contra tabulas fest, die in der Zeit zwischen Cicero und Gajus entstand. Dagegen führte es insofern eine Erweiterung ein, als es den Sui die Emancipati gleichstellte, ähnlich wie früher die Agnatenklasse durch die bonorum possessio unde cognati erweitert worden war. Zunächst hatte die prätorische Rechtsänderung freilich nur eine Ausgleichung der Widersprüche zum Zweck, die sich im civilen Notherbenrecht ergeben hatten. Als dieses entstanden war, war ein Vorzug des Sohnes vor den übrigen Sui natürlich gewesen, als sich die Präteritionsregeln für die Postumi bildeten, war dieses nicht mehr der Fall, und so hatte man den Satz aufgestellt, daß die männlichen Postumi namentlich enterbt werden müßten, während bei den weiblichen die exheredatio inter ceteros genügen sollte. Damit war ein doppelter Widerspruch entstanden: daß die nachgebornen Töchter und Enkel ein besseres Recht hatten als die zur Zeit der Testamentserrichtung vorhandenen, indem jene das Testament rumpirten, diese nur als Accrescenzerben in Betracht kamen, während umgekehrt der Vorzug des Sohnes sich auf die sui iam nati beschränkte. Der Prätor verlangte deshalb, daß alle Sui männlichen Geschlechts, auch die bereits gebornen, gleich dem Sohn namentlich enterbt werden sollten, und gewährte sodann sämmtlichen Accrescenzerben, wie es die

Postumi hatten, im Fall der Präterition das Recht der bonorum possessio contra tabulas.[77]

Viel wichtiger war die Gleichstellung der Emancipirten mit den Sui. Denn damit wurde das Princip der Cognation auch im Notherbenrecht anerkannt, als correctorisch für die civilen Regeln der Testamentserrichtung, wie es suppletorisch in der Aufstellung der zwei Klassen unde cognati und unde vir et uxor für das Intestaterbrecht bereits geschehen war. Grundlage des Erbrechts blieb zwar immer noch die väterliche Gewalt, weshalb die Kinder der Mutter gegenüber kein Recht erhielten, allein schon die bloße Gleichstellung der Emancipirten mit den Sui führte einen Bruch der altcivilen Beschränkungen des Erbrechts herbei. Der Uebergang war nach erfolgter Ausgleichung des Rechts der Accrescenzerben mit dem der nachgebornen Kinder nicht schwer. Kam es nicht mehr darauf an, ob ein Kind vor oder nach der Testamentserrichtung in die väterliche Gewalt eingetreten sei, so konnte man es auch für gleichgültig halten, ob es vor oder nach der Testamentserrichtung aus derselben ausgetreten sei. Man brauchte nur den Austritt als nicht geschehen zu fingiren, womit sich von selbst die Folge ergab, daß dem Emancipirten wie einem Suus die Bonorum Possessio zustehe. Das war den Verhältnissen der spätern Zeit, wo die Emancipation eine andere Bedeutung hatte wie früher, vollkommen angemessen. Der Kreis der Civilfamilie war nicht mehr ein so festgeschlossener, daß man mit dem Austritt aus dem Agnatenverband den Untergang des Erbrechts noch hätte natürlich finden können. Doch mußte die Ungleichheit in der Erwerbsfähigkeit der Sui und Emancipati, wenn letztere mit erben wollten, zuvor wieder ausgeglichen werden, und dies geschah durch die gleichzeitig als Bedingung ihres Erbrechts eingeführte Collationspflicht alles dessen, was sie vor den Sui zum Voraus erworben hatten.

Hinsichtlich der Wirkungen schlug man einen Mittelweg ein zwischen Eröffnung der Intestaterbfolge und dem Recht der Accrescenz. Der materielle Inhalt des Testaments fiel zu Gunsten der Notherben hinweg, soweit er eine Verfügung über das Ver-

mögen enthielt, der übrige Inhalt dagegen blieb in Kraft: Erbeinsetzungen, Vulgarsubstitutionen, Vermächtnisse und Freilassungen wurden vernichtet, Pupillarsubstitutionen, Vormundschaften und Enterbungen aber aufrecht erhalten. Eine Ausnahme machte man nur mit den den Eltern und Kindern hinterlassenen Legaten, Fideicommissen und Schenkungen auf den Todesfall, weil sich inzwischen noch ein materielles Notherbenrecht gebildet hatte, auf Grund dessen wieder eine Anfechtung der Bonorum Possessio möglich gewesen wäre, wenn diese nicht selbst darauf Rücksicht genommen hätte.[178]

Dies führt uns auf die neue Beschränkung der Testirfreiheit, die zu Ende der Republik aufkam. Hatte das ältere Notherbenrecht den Testator formell gebunden, ihm in der Verfügung selbst aber freie Hand gelassen, so wurde er hiernach umgekehrt genöthigt, seinen nächsten natürlichen Verwandten, den Kindern oder Eltern, wenigstens einen Theil ihrer Intestaterbportion zuzuwenden, gleichviel in welcher Form, ob als Erbschaft oder als Legat oder als Schenkung auf den Todesfall. Das ist das sogenannte Pflichttheilsrecht. Auch darin unterscheidet es sich von dem ältern Notherbenrecht, daß es nicht mehr wie dieses aus einer wirklichen oder fingirten väterlichen Gewalt, sondern nur aus der Cognation abgeleitet wird. Diese tritt hier zuerst als Grundlage eines Erbanspruchs auf, in viel entschiedenerer Weise als bei dem prätorischen Erbrecht (bonorum possessio contra tabulas, unde cognati, unde liberi). Das Merkwürdige ist dabei, daß sie sich früher und stärker in Gestalt unseres Pflichttheilsrechts als des Intestaterbrechts geltend macht. Denn während die Gleichstellung der Cognaten mit den Agnaten im gesetzlichen Erbrecht erst in der Kaiserzeit und vollständig erst unter Justinian Statt fand, erfolgte sie im Pflichttheilsrecht der Ascendenten und Descendenten schon zu Ende der Republik.

Zweierlei scheint daraus geschlossen werden zu dürfen. Zunächst wieder der allgemeine Gebrauch der Testamente, so daß es überflüssig war, der veränderten Sitte und Lebensart, die eine Berücksichtigung der bloß cognatischen Verwandtschaft forderte, gleich durch eine gesetzliche Aenderung der Erbfolge zu Hülfe zu kommen. Das

Testament bot ja Jedem Gelegenheit, dieser Sitte gemäß zu verfügen und sie mit den individuellen Umständen in Einklang zu bringen. Testamente wurden also in der bessern Zeit gerade dazu benutzt, die nächsten Pietätsverhältnisse, wie zum Beispiel das der Kinder gegen die Muttter oder umgekehrt, zu berücksichtigen, was das Intestaterbrecht dessen Ursprung einer ältern Culturperiode angehörte nicht that, so daß es insofern schon als inofficios gelten konnte, kein Testament zu machen. Bei der raschen Entwicklung des römischen Lebens und der viel langsamern Umbildung seines Erbrechts wurde die Ausübung der Testirbefugniß zur Pflicht. Dann aber zweitens, daß zu Ende der Republik der Gebrauch der Testamente nicht mehr wie früher bloß in diesem Sinne Statt fand, sondern daß sie zugleich zu willkürlichen und launischen Dispositionen dienten, so sehr daß selbst die nächsten Pietätsverhältnisse, um derentwillen der gute Bürger gerade testiren sollte, dadurch verletzt wurden. Namentlich darüber wird geklagt, daß Väter, die in zweiter Ehe leben, von ihren Frauen sich zu unbilligen Enterbungen der Kinder erster Ehe verleiten ließen; indeß kamen auch andere Verstöße vor, die das Sittlichkeitsgefühl beleidigten.[179] So unantastbar die Testirfreiheit scheinen mochte, so konnte man doch eine solche Verletzung der Sitte, die gegen den Geist der Testamente ging, nicht dulden. Deshalb das Pflichttheilsrecht, das keine bloß formelle, sondern eine materielle Beschränkung enthielt, die erste und einzige wirkliche Beschränkung der Testirfreiheit, welche das römische Recht gekannt hat. Die Art und Weise aber, wie sie gleichmäßig zu Gunsten der nächsten Agnaten und Cognaten eingeführt wurde, giebt uns am besten über die Veränderung Aufschluß, die in den Ansichten des Volks mit der Verwandtschaft vorgegangen war und schon damals der altrömischen Familie im nationalen Bewußtsein alle erbrechtliche Bedeutung entzogen hatte.

Ueber die nähern Umstände, wann und wie sich dies rein materielle Pflichttheilsrecht ausgebildet hat, sind wir nicht genauer unterrichtet, nur soviel scheint sicher, daß es ebenfalls der Interpretation der Juristen, nicht einem besondern Gesetz den Ursprung verdankt. Nach den Erwähnungen bei Cicero und Valerius Maximus

zu schließen geht es mindestens bis auf den Anfang des letzten Jahrhunderts vor Christi Geburt zurück.[180] Ob dabei griechischer Einfluß im Spiel war oder nicht, kann dahingestellt bleiben, da sich der Ursprung des Instituts schon aus den römischen Verhältnissen genügend erklären läßt. Das Organ, wodurch es ausgebildet wurde, war das Centumviralgericht, zu dessen Competenz seit der Entstehung der formula petitoria vorzugsweise Erbschaftsprozesse gehörten und das bei ihrer Beurtheilung ein freieres Ermessen walten ließ als einem Einzelrichter gestattet war: so ziemlich das einzige Beispiel, daß sich ein römisches Institut durch richterliche Autonomie ausgebildet hat, da sonst die Stelle, die bei uns die Schöffen einnahmen, der Prätor hatte. Ein Anknüpfungspunkt, um die Anfechtbarkeit eines formell gültigen Testaments möglich zu machen, lag ziemlich nahe. Da ein Wahnsinniger kein Testament errichten konnte, ein Testament aber, was gegen Natur und Sitte verstieß, die Annahme erlaubte, der Testator sei nicht bei gesunden Sinnen gewesen, wurde dasselbe wirklich so angesehn und dem eines Furiosus gleichgestellt: quasi non sanae mentis fuerit testator. Nur mußten die ohne Grund zurückgesetzten Erben, welche das lieblose Testament anfechten wollten, diesen color insaniae beweisen, also wenn ihnen selbst Pflichtvergessenheit gegen den Erblasser vorgeworfen wurde (exceptio ingratitudinis) ihr gutes Verhalten darthun. Der Kreis der zur Querel berechtigten Personen war anfangs wohl kein geschlossener, sondern die Individualität des Falls gab den Ausschlag. Kinder und Eltern oder in deren Ermangelung die weiteren Descendenten und Ascendenten wurden unbedingt zugelassen, von den Geschwistern nur der Bruder; wenigstens sagt Ulpian, die übrigen Verwandten thäten besser, die Kosten zu sparen, da sie doch keine Aussicht auf Erfolg hätten. Constantin verordnete, daß alle agnatischen Geschwister die Querel haben sollten, jedoch nur wenn ihnen ein Unwürdiger vorgezogen sei, Justinian ließ unter der gleichen Bedingung auch die cognatischen zu mit Ausnahme der halbbürtigen von der Mutter her.[181] Der nähere Pflichttheilsberechtigte schloß den entferntern aus, so daß zuerst die Descendenten kamen, dann die Ascendenten nach der

Nähe des Grades, dann die Geschwister, sofern ihnen ein Unwürdiger vorgezogen war. Die Ordnung der Intestaterbfolge kommt dabei nicht wie Neuere wollen in Betracht. Denn das Eigenthümliche ist eben, daß wegen des allgemeinen Gebrauchs der Testamente das Pflichttheilsrecht dem Intestaterbrecht vorauseilte und sich in selbständiger Weise entwickelte. Dadurch werden allerdings Widersprüche zwischen beiden möglich, wie zum Beispiel bei der Intestaterbfolge die Kinder vollbürtiger Geschwister den Halbbruder ausschließen, während im Fall der Querel ein übergangener Halbbruder möglicher Weise umgekehrt jene ausschließt, freilich ohne daß er dann von der eröffneten Intestaterbfolge einen Vortheil hätte.[182] Allein es handelt sich nicht um Beseitigung solcher Widersprüche, sondern um die Art, wie sich das positive Recht wirklich entwickelt hat. Die zum Schutz des Pflichttheils dienende Klage war eine besonders qualificirte Hereditatis Petitio, da sie das Testament ganz oder zum Theil aufhob und statt dessen die Erbschaft an den Pflichttheilsberechtigten brachte. Konnte nämlich nicht gegen alle eingesetzten Erben geklagt oder obgesiegt werden, so blieb das Testament insoweit in Kraft und der Kläger erhielt nur das, was durch den partiellen Wegfall des Testaments frei geworden war. Nach älterem Recht verjährte die Querel vermuthlich in einem Jahre, vielleicht wegen der alsdann vollendeten Usucapio pro Herede, nach neuerem in fünf vom Antritt des eingesetzten Erben an.[183]

Das Pflichttheilsrecht ging also weiter als das alte Notherbenrecht, aber nur für exorbitante Fälle, wo alle Pietät bei Seite gesetzt und den nächsten Verwandten gar nichts oder nicht einmal der Pflichttheil hinterlassen war. Der Testirfreiheit blieb dabei immer noch ein großer Spielraum übrig. Denn wurde der Pflichttheil gewahrt, so konnte der Testator im Uebrigen frei verfügen, seinen Kindern zum Beispiel zusammen ein Viertel, das Uebrige Fremden zuwenden, ohne daß das Testament als inofficios galt. Für die Mehrzahl der Fälle, die nur eine geringere Unbilligkeit enthielten, blieb demnach die Querel ausgeschlossen, und doch konnte Ulpian sagen, sie sei häufig: frequentes esse inofficiosi querelas.[184]

Zwar erhöhte Justinian den Betrag des Pflichttheils, indem er ihn wenn die Erbschaft in mehr als vier Theile ging auf die Hälfte, in andern Fällen auf ein Drittel der Intestatportion festsetzte, allein daneben beschränkte er zugleich das Recht der Pflichttheilserben, indem dieselben, wenn der Testator sie nicht übergangen, sondern zu gering bedacht hatte, keine Querel auf Rescission des Testaments, sondern nur eine Klage auf Ergänzung haben sollten (actio ad supplendam legitimam). Dadurch wurde materiell allerdings die Schranke enger, aber auch die Anfechtbarkeit der Testamente vermindert; was mit der einen Hand gegeben war, wurde mit der andern genommen. Zu einer durchgreifenden Beschränkung der Testirfreiheit hat sich selbst das Recht der christlichen Kaiserzeit nicht erhoben, und es wäre eine solche im Gegensatz zur römischen Sitte auch kaum möglich gewesen. Nachdem man mit der Testirfreiheit begonnen, konnte man nicht mit dem Ausschluß derselben aufhören; nicht die Gesetze, sondern der Gebrauch, der davon gemacht wurde, hätten andere werden müssen.

Noch eine letzte Veränderung ging mit dem Notherbenrecht vor, aber auch sie war mehr äußerer, als innerer Art. Die alten Unterschiede zwischen Präteritions- und Pflichttheilsrecht, die historisch einmal begründet und wie gewöhnlich beibehalten waren, hatten in der spätern Zeit ihre Bedeutung verloren. Civiles wie prätorisches Notherbenrecht, die beide ihre Wurzel noch im Agnationsverband hatten, waren vor dem Pflichttheilsrecht in den Hintergrund getreten. Justinian verordnete deshalb in der von unserer Jurisprudenz so vielfach erörterten Novelle 115, daß Descendenten und Ascendenten ohne Grund weder übergangen noch enterbt, vielmehr mindestens auf den Pflichttheil zu Erben eingesetzt werden sollten. Zugleich fixirte er die Enterbungsgründe und ließ den Eltern für die Enterbung der Kinder im Ganzen vierzehn, den Kindern für die Enterbung der Eltern deren acht nach, die einzeln aufgezählt werden. Charakteristisch ist dabei nur, daß der Versuch, die Eltern oder Kinder am Testiren zu hindern, ausdrücklich mit angeführt ist; die übrigen Gründe lassen sich unter die drei Kategorien: Lebensnachstellung, grobe Beleidigung (Impietät) und

Abfall vom Kirchenglauben bringen. Für die Geschwister blieb es beim alten Recht, daß sie nicht auf den Namen Erben, sondern nur auf den Pflichttheil, und nur wenn ihnen ein Unwürdiger vorgezogen, Anspruch haben sollten. Wäre die Novelle klarer und deutlicher, so würde sie für die Zeit Justinian's dem Bedürfniß genügt und die Subtilitäten des alten Rechts beseitigt haben. Allein das ist durchaus nicht der Fall, sie läßt vielmehr eine Menge von Zweifeln übrig, die von jeher zu erheblichen, mitunter auch ziemlich müßigen Streitfragen geführt haben. Unzweifelhaft ist nur, daß bei Verletzung der gesetzlichen Vorschriften die Erbeinsetzungen des Testaments entkräftet, die übrigen Bestimmungen desselben aber aufrecht erhalten werden, daß dies auch dann eintritt, wenn der Pflichttheil gewahrt, aber nicht als Erbschaft hinterlassen ist, und daß wenn die Notherben auf weniger als den Pflichttheil eingesetzt sind, nur die Klage auf Ergänzung Statt findet. Dagegen ist das Verhältniß der Novelle zum ältern Notherbenrecht der Sui und Emancipati, ob dieses im Fall der Verletzung noch neben dem Recht der Novelle in Anwendung zu bringen sei oder nicht, sowie die Natur des durch das Gesetz gewährten Rechtsmittels, ob es eine sogenannte Nullitäts- oder Inofficiositätsquerel, oder bald das Eine, bald das Andere sei, zweifelhaft und bestritten.

Von unserm Standpunkt aus erscheint, selbst abgesehn von diesen Zweifeln, die in der Praxis kaum zur Sprache kommen, weil sie längst bald so, bald anders entschieden sind, auch das Recht der Novelle als letztes Ergebniß des römischen Notherbenrechts noch mangelhaft und ungenügend. Zwar können wir uns die Gleichstellung der cognatischen Notherben mit den agnatischen, das Erforderniß eines bestimmt angegebenen Enterbungsgrundes, die Vorschrift, daß die Querel nur auf Rescission der Erbeinsetzung gehe, und die Vertheilung der Beweislast, wonach die Wahrheit des angegebenen Grundes vom eingesetzten Erben zu beweisen ist, schon gefallen lassen. Die gesetzliche Aufzählung der Gründe aber ist nicht bloß überflüssig, sondern bedenklich, weil jede derartige Casuistik dem Leben Fesseln anlegt. Auch die Bestimmung, daß

den Notherben der Pflichttheil als Erbe hinterlassen werden muß, hat keinen Werth. Es wird dadurch nur die Dispositionsbefugniß des Erblassers, wie das richterliche Ermessen unnöthiger Weise beschränkt. Vor Allem aber ist das Maß des Pflichttheils, auch nach der von Justinian festgesetzten Erhöhung, für die nächsten Erben immer noch zu gering, und ebenso erscheint der Kreis der zum Pflichttheil berufenen Personen unserer Anschauung nach zu klein.

Was den ersten Punkt betrifft, so will Justinian nach der Anzahl der Theile, in welche die Erbschaft geht, unterschieden wissen. Allein eine innere Beziehung zwischen dem Einen und Andern ist nicht vorhanden, denn wenn die gesetzliche Erbfolge einträte, müßten sich die mehreren Miterben ja auch mit kleinern Quoten begnügen. Ist das Pflichttheilsrecht auf Kinder und Eltern beschränkt, so ist die größere Zahl der Kinder freilich eine Rücksicht für den Erblasser, mit Vermächtnissen an Fremde sparsamer zu sein, aber doch nur eine Rücksicht, und diese kann wieder durch andere Rücksichten, wie zum Beispiel die Größe des Vermögens, aufgewogen werden. Viel besser würde es sein, die Quote des Pflichttheils von der Nähe der Verwandtschaft abhängig zu machen, sie also bei Kindern höher anzusetzen als bei Eltern. Denn dafür besteht in der That ein innerer Grund: es ist nicht mehr als billig, daß den Kindern gegenüber die freie Dispositionsbefugniß stärker eingeschränkt wird als den Eltern gegenüber. Ein Drittel oder die Hälfte der Intestatquote ist bei den Kindern jedenfalls zu wenig. Hat der Erblasser das Recht, aus Gründen seine nächsten Angehörigen ganz auszuschließen, so ist es unnöthig, ihm zugleich das Recht einzuräumen, sie ohne Grund zu verkürzen.

Sodann aber ist die Zahl der pflichttheilsberechtigten Personen für unsere Begriffe zu eng gefaßt. Nach römischem Recht gehören eigentlich nur die Kinder und Eltern dazu, nicht mehr die Geschwister, weil sie bloß unter einer leicht zu umgehenden Voraussetzung kommen. Es dürfte sich aber nicht bloß die Gleichstellung der Nachkommen der Geschwister mit diesen selbst, sondern auch eine Ausdehnung des Pflichttheilsrechts auf die nächsten Verwandt-

schaftsgrade der großelterlichen Parentel, etwa mit Einschluß der Geschwisterkinder, rechtfertigen. Sehr empfehlenswerth scheinen neuerdings die Bestimmungen des Züricher Gesetzbuchs; nur möchten die Abstufungen, die es in der Größe des Pflichttheils macht, zu künstlich sein.[185] Vielleicht wäre für die erste Parentel (Descendenz) Dreiviertel der Erbschaft, für die zweite (Eltern, Geschwister und deren Nachkommen) die Hälfte, und für die dritte (Großeltern, Geschwister des Vaters oder der Mutter und deren Kinder) ein Viertel das passende Maß, was der Testator abzüglich der Schulden den natürlichen Erben frei lassen müßte.

Wo einmal Testirfreiheit besteht, wie in den Ländern des gemeinen Rechts, wird freilich eine unmotivirte Beschränkung derselben eher Nachtheil als Vortheil bringen. Man könnte leicht auf den Gedanken gerathen, daß das Gesetz umgekehrt die Dispositionen nur bis zum Belauf des höher angesetzten Pflichttheils gutheißen wolle. Glücklicher Weise herrscht bei uns im Ganzen noch so sehr die gute Sitte, daß eine Beschränkung, wenigstens vor Erlaß eines allgemeinen Gesetzbuchs, unnöthig ist. Die testamentarische Erbfolge verhält sich zur gesetzlichen auch jetzt noch wie die Ausnahme zur Regel, während in Rom das Umgekehrte der Fall war. Letztwillige Verfügungen, in denen Fremde berufen werden, die nicht zugleich als Familienglieder Erbansprüche haben, kennt unser Leben nur ausnahmsweise, es sei denn daß triftige Gründe vorhanden sind, die Verwandten auszuschließen. Und ebenso wird von der Freiheit zu legiren fast nur zu Gunsten milder Stiftungen, des Gesindes oder der Armen Gebrauch gemacht. Begründete Enterbungen aber sollten nicht beschränkt, sondern eher begünstigt werden, und Puchta hat vollkommen Recht, wenn er es eine weichliche Maxime nennt, durch einschränkende Interpretation soviel Unwürdige als nur möglich der verdienten Strafe zu entziehen.

Zum Schluß noch einige Worte über das Intestaterbrecht, das von Anfang an der Lückenbüßer des römischen Erbrechts war. Jedes gesetzliche Erbrecht ruht auf der Verwandtschaft, und es macht dabei keinen Unterschied, ob das positive Recht, wie wir es zum Beispiel jetzt thun, nur die Abstammung zu Grunde legt, oder

wie es im ältern deutschen und römischen Recht der Fall war, noch andere Nebenumstände berücksichtigt, wie etwa Wehrfähigkeit, Vorzug der Agnaten oder des Mannsstamms vor den Cognaten, künstliche Verwandtschaft durch Adoption u. s. f. Die Erbfolgeordnung aber gestaltet sich möglicher Weise sehr verschieden, je nach der Art wie die natürliche Verwandtschaft aufgefaßt und bestimmt wird. Denn es können nicht alle Verwandte zugleich berufen werden, zum Beispiel nicht Kinder und Enkel neben einander, wenn die Kinder noch am Leben sind; nach dem natürlichen Lauf der Dinge geht das Vermögen successiv auf die kommenden Geschlechter über, genau so wie sie sich ablösen und auf einander folgen. Die nähern Verwandten haben also ein Vorrecht vor den entferntern, sie schließen diese entweder aus oder erben zu ungleichen Theilen mit ihnen. Hier sind nun sehr verschiedene Arten denkbar, wie die größere oder geringere Entfernung vom Erblasser berechnet wird. Ehe wir daher auf die Erbfolgeordnung eingehen, haben wir vor Allem den Gegensatz zwischen römischer und deutscher Verwandtschaftsberechnung zu erörtern.

Das römische Recht unterscheidet zunächst Descendenten, Ascendenten und Collateralen, oder genauer ausgedrückt: Descendenten und Ascendenten auf der einen, Collateralen auf der andern Seite; Nachkommen, Vorfahren und Seitenverwandte, je nachdem sie direct mit einander verwandt sind (cognatio inferior, superior oder linea recta) oder einen Dritten zum gemeinschaftlichen Stammvater haben (linea transversa oder obliqua). Die Seitenverwandtschaft ist entweder eine vollbürtige, wenn die Collateralen beide Stammeltern, oder eine halbbürtige, wenn sie nur den Vater oder nur die Mutter mit einander gemein haben (germani, consanguinei, uterini). Um nun den größern oder geringern Abstand der Verwandten zu bestimmen, zählen die Römer einfach die Zeugungen, durch welche die Verwandtschaft vermittelt wird: tot gradus quot generationes, jede Zeugung bildet einen Grad oder eine Stufe, durch so viele Zeugungen also zwei Verwandte verbunden sind, im so vielsten Grad sind sie mit einander verwandt. So sind Eltern und Kinder gegenseitig im ersten, Großeltern und Enkel

im zweiten, Urgroßeltern und Urenkel im dritten Grad mit einander verwandt; in der Seitenlinie Geschwister im zweiten, Onkel und Neffe im dritten, Geschwisterkinder im vierten, Großonkel und Großneffe im fünften, Andergeschwisterkinder im sechsten: natürlich wächst in dieser der Abstand doppelt, weil die Zahl der Stufen auf- und abwärts zusammengerechnet werden muß. Einen andern Vorzug der geraden vor der Seitenlinie kennt das römische Recht nicht; einen Vorzug der absteigenden vor der aufsteigenden kennt es überhaupt nicht: es ist daher ganz gleichgültig, von wo die Zählung beginnt, ob vom Vater oder Kind, vom Onkel oder Neffen u. s. f., das Resultat bleibt immer dasselbe, die Summe der Zeugungen oder die abstracte Zahl bezeichnet den Grad oder Abstand der Verwandtschaft. So gewinnt das Recht ein absolutes Maß für dieselbe, und die Berechnung erscheint auf den ersten Blick so einfach und bestimmt, daß man versucht sein kann, sie wirklich für die einzig richtige und consequente zu halten.

Das deutsche Recht berechnet die Verwandtschaft anders. Es verzichtet auf den absoluten Gradmesser, aber es betont dafür die feinern Unterschiede derselben, es zählt nicht bloß, sondern es wägt zuerst. Es hält zunächst an dem Unterschied fest, ob man vom Vater auf die Kinder, oder von diesen auf die Eltern übergeht, vom Onkel auf den Neffen, oder vom Neffen auf den Onkel u. s. f. Ehe es die Frage nach dem Grad beantwortet, verlangt es zu wissen, von wo die Rechnung anfangen soll, und hiernach fällt in einem und demselben Fall die Antwort verschieden aus. Mit andern Worten: alle Verwandtschaft ist nach unsern Begriffen relativ, die des Vaters zu den Kindern eine andere als die der Kinder zu den Eltern, die der Brüder zu den Bruderskindern eine andere als die der letztern zu den erstern u. s. f. Dies lebt noch jetzt in unserem Gefühl. Wem dünkt nicht, daß er mit seinen Kindern näher als mit seinen Eltern, mit den Geschwistern näher als mit den Großeltern, mit Bruderskindern näher als mit Vatersbrüdern, mit seinem Vetter näher als mit dem Großonkel verwandt sei? Wem das nicht einleuchtet, der mag sich einmal die Frage vorlegen, ob er glaube, daß seine Kinder ihn, oder er seine Kinder

lieber habe. Denn von der Antwort auf diese Frage hängt die Entscheidung über die andern Verwandtschaftsfälle mit ab. Im ersten Augenblick wird man vielleicht sagen, beide stehen sich gleich nah, denn wenn man nur auf die abstracte Entfernung sieht, nicht selbst sich an die Stelle der Eltern oder Kinder denkt, ist es allerdings vom Kind zum Vater nicht weiter als vom Vater zum Kind. Bei weiterer Erwägung wird indeß schwerlich Jemand sich in der richtigen Antwort irren: wie unsere Kinder uns näher stehen als unsere Eltern, so stehen sie uns auch näher als wir ihnen, wenigstens von dem Augenblick an, als sie selbst wieder Kinder haben. Also stehen uns auch die Geschwister näher als die Großeltern, Bruderskinder näher als Vatersbrüder, Vettern näher als Großvatersbrüder. Und doch sind wir nach römischem Recht mit den zusammen genannten Personen gleich nah, je im 1. 2. 3. und 4. Grad verwandt: eben weil das römische Recht nur die Entfernung, nicht die Art der Verwandtschaft berücksichtigt. Noch deutlicher wird das Verhältniß, wenn wir einen Grad überspringen und die Frage stellen, ob wir nicht mit unsern Enkeln näher als mit unsern Großeltern, mit Brudersenkeln näher als mit Großvatersbrüdern, mit Vetterskindern näher als mit dem Urgroßenkel verwandt sind. Es ist ja eine bekannte Thatsache, daß die Enkel den Großeltern fast lieber sind als die Kinder, wie schon das Sprüchwort sagt „es ist nichts lieberes als Kindes Kind", und darum fühlen wir uns auch mehr zu den Enkeln unserer Geschwister als den Geschwistern unserer Großeltern, mehr zu Vetterskindern als den Geschwistern unserer Urgroßeltern hingezogen. Mit den Geschwistern sind wir in demselben Haus aufgewachsen und haben Freud und Leid mit ihnen getheilt, mit Vettern können wir es oder sie sind unsere Spiel- und Altersgenossen, es ist deshalb natürlich, daß wir die Liebe zu ihnen auf ihre Nachkommen übertragen, während wir unsere Oheime oder Groß- und Urgroßoheime vielleicht nur vom Hörensagen oder gar nicht kennen. Es ist uns als Kind gesagt worden, „das ist dein Onkel und deine Tante, die du lieb haben mußt", aber in uns selbst aufgekeimt und erwachsen ist diese Liebe nicht, sie ist uns von Außen her gebracht und dann im

besten Fall mit Bewußtsein gepflegt worden. Es giebt Ausnahmen, individuelle Fälle, wo sich ein Bruder oder eine Schwester lieblos zeigen, während mit entferntern Verwandten besondere Pietätsverhältnisse sich bilden, aber die Regel ist das nicht, und wir dürfen von diesen Ausnahmen nicht auf die natürliche Ordnung schließen. Gleichwohl stellt das römische Recht auch in diesem Fall die aufsteigenden Verwandten den absteigenden gleich, die Großeltern sind mit den Enkeln so gut im zweiten Grad verwandt als diese mit den Großeltern, Brudersenkel und Großvatersbrüder kommen im vierten, Vetterskinder und Urgroßenkel im fünften Grad, ja die Vatersbrüder schon im dritten, Großvatersbrüder im vierten, jene gehen den Brudersenkeln, diese den Vetterskindern vor u. s. f. So sind Brudersenkel, Vettern und Großvatersbrüder nach römischem Recht sämmtlich im vierten Grad mit uns verwandt, während nach deutschem die Brudersenkel in der zweiten, die Vettern in der dritten und die Großvatersbrüder in der vierten Generation stehen. Das kommt eben daher, daß das römische Recht bei seiner Verwandtschaftsberechnung die natürlichen Familieneinheiten übersieht, sei es wegen seiner eigenthümlichen Logik und der abstracten Art zu denken, sei es weil ihm der tiefere Sinn für Verwandtschaft abging.

Indem das deutsche Recht überall zunächst auf den gemeinschaftlichen Stammvater oder die Stammmutter sieht, geräth es freilich scheinbar in den Widerspruch, in einem und demselben Fall eine nähere und eine entferntere Verwandtschaft anzunehmen, je nachdem man von der einen oder andern Seite ausgeht, während die Entfernung an sich die gleiche ist, aber der Widerspruch ist nur ein scheinbarer, denn alle Verwandtschaft verlangt zu ihrer Bestimmung einen gegebenen Ausgangspunkt, und hiernach erst läßt sich ein sicheres Ergebniß feststellen. Man will nicht den an sich indifferenten Abstand als solchen, sondern eine lebendige persönliche Beziehung kennen lernen. Deshalb läßt unser Recht die von einem nähern Parens abstammenden Personen den Nachkommen eines entferntern vorgehen, gleichviel ob mehr oder weniger Zeugungen zwischen beiden in der Mitte liegen: erst kommt das Haus oder

die Familie, dann der nähere oder entferntere Abstand vom Parens in Betracht. So entsteht die deutsche Familienordnung, die innerhalb des großen Kreises von Verwandten je die zunächst zusammen gehörigen kleinern Kreise festhält und darum den schroffen Gegensatz zwischen gerader und schräger Linie, wie ihn das römische Recht hat, zu höherer Einheit auflöst. Während dieses ohne Rücksicht auf Parentel nur die Grade zählt, geht das deutsche von dem Gedanken aus, daß alle, welche zu demselben Haus gehören, also einen nähern Stammvater haben, auch näher mit einander verwandt sind als mit Andern; nicht tot gradus quot generationes, sondern tot generationes quot parentes. Die erste Parentel oder die Familie im engsten Sinn bilden also die eigenen Nachkommen, Kinder, Enkel und Urenkel; die zweite die Eltern und ihre Nachkommen, Geschwister, Neffen, Nichten, Enkel und Urenkel der Geschwister; die dritte die Großeltern, die Geschwister der Eltern und deren Nachkommenschaft; die vierte die Urgroßeltern, die Geschwister der Großeltern und alle ihre Nachkommen u. s. f. Hieraus folgt, daß unser Recht gar keine Grade, sondern innerhalb jeder Familie wieder nur Generationen oder Glieder kennt, daß es also verkehrt ist zu behaupten, ein römischer Grad sei gleich einem halben deutschen. Denn da jede engere Familie unbedingt vor der weitern kommt, so bedarf es keiner doppelten Zählung in auf- und absteigender Linie, sondern die Glieder brauchen nur einmal, vom nächsten gemeinschaftlichen Parens an abwärts, gezählt zu werden. Fügt es sich dabei, daß auf gleicher Linie nach unserer Zählung halb soviel Glieder herauskommen als nach römischer Grade, wie z. B. Geschwisterkinder (consobrini) nach deutscher im zweiten, Andergeschwisterkinder (sobrini) im dritten Glied, jene nach römischer im vierten, diese im sechsten Grad mit einander verwandt sind, so darf man doch nicht vergessen, daß das Ergebniß ein disparates ist, weil beide Zählungen auf verschiedenem Princip beruhen, das römische ein absolutes, das deutsche nur ein relatives liefert. Der Abstand vom Großvater zum Beispiel kann bei Geschwisterkindern möglicher Weise in drei Parentelen zur Frage kommen, je nachdem sie als Enkel, Neffen oder Vettern erben, immer

aber erst dann, wenn wirklich ihre Parentel die nächstberufene ist, also in der ersten den Söhnen und Urenkeln, in der zweiten den Geschwistern und deren Enkeln, in der dritten den Oheimen und Vetterskindern gegenüber, nicht wenn Enkel da sind und sie nur als Neffen, oder wenn Neffen da sind und sie nur als Vettern kämen. Denn von einer größern oder geringern Nähe ist stets nur innerhalb derselben Parentel die Rede, während nach römischem Recht die Verwandtschaft ein absolutes Verhältniß ist, das alle dem Grad nach näheren voran, und alle dem Grad nach entfernteren zurück stellt. Die römische Zählung geht durch die ganze Verwandtschaft, die deutsche je nur durch die Familie, mag diese nun eine größere oder kleinere sein.

Der Gegensatz beider Systeme läßt sich mit zwei Worten bezeichnen. Das römische läßt die Familie in der Verwandtschaft, das deutsche die Verwandtschaft in der Familie aufgehen: dort war der Begriff der Familie von Anfang an ein künstlicher, neben welchem die Cognation als etwas Selbständiges und Besonderes gedacht wurde, hier war er ein natürlicher, auf die Gemeinschaft des Bluts gegründet, daher auch fähig, die ganze Verwandtschaft in sich aufzunehmen. Welches System das richtigere ist, kann für uns nicht zweifelhaft sein. Man braucht sie nur neben einander zu stellen, um sich von den Vorzügen des deutschen zu überzeugen. Wäre nicht unser Blick durch die Beschäftigung mit dem fremden Recht getrübt, so würde sicherlich der Wissenschaft das Bewußtsein davon gar nicht abhanden gekommen sein. Denn die Unbefangenheit und das naive Gefühl für unsere großartige Familienordnung konnten erst aufhören, seitdem ihr ein fremdes Recht gegenüber trat, das hier wie überall die Präsumtion des Bessern für sich hatte. Darum ist es nicht zu verwundern, daß selbst die germanistische Jurisprudenz die deutsche Parentelenordnung in Zweifel gezogen hat. Und wie schon oben gesagt ist, müßten wir sie allein aus den alten Rechtsquellen ableiten, so könnte sie in der That ebenso gut bestritten als vertheidigt werden.[186] Allein so steht die Sache nicht. Sie ist einmal da, woher soll sie anders gekommen sein, wenn sie nicht ursprüngliches Gemeingut unseres

Volks wäre, nicht in dem sittlichen Gefühl desselben wurzelte? Ein System von solcher Gewalt und Naturkraft, das mit dem innersten Leben des Volks zusammenhängt, kann kein zufälliges und nicht durch eine bloße Theorie entstanden sein.

Vielleicht will Manchen der fremde Name Parentelenordnung irre machen. Sagen wir statt dessen Familienordnung, da der Ausdruck Sibbe mit der frühern politischen Bedeutung der Familie sich verloren hat, so fällt das fremde Gewand, und man wird leicht erkennen, daß es sich um etwas rein Deutsches handelt, das immer noch lebendig ist. Zwar ist auch der Ausdruck Familie wieder aus dem Lateinischen entlehnt, aber in einem Sinn, den wieder die Römer nicht damit verbinden, nicht in einer der gewöhnlichen klassischen Bedeutungen. Andern Falls müßten wir doch wohl ein Wort haben, das ähnlich wie das römische Cognatio die Verwandtschaft ohne Rücksicht auf die Familienordnung bezeichnet. Ein solches findet sich zwar, Magschaft, allein es dient charakteristisch genug gerade für die entferntern Verwandten und mehr in den Zusammensetzungen Schwert- und Spillmagen zum Unterschied der agnatischen und cognatischen Seitenverwandtschaft, ähnlich wie das Wort Ahnen die Ascendenten bezeichnet, während die Kinder im eminenten Sinn Erben genannt werden. Dagegen ist das unbestimmte und farblose Verwandtschaft viel jüngern Ursprungs, ein allgemeiner Ausdruck für jede Art von Cognatio und in abgeleiteter Weise selbst für andere als Blutsverwandtschaft. Umgekehrt fehlt es dem Lateinischen an einem Wort für unsern Begriff Sibbe oder Familie, weshalb das Mittelalter ihn in das Lateinische übersetzen mußte: parentela.

Uebrigens giebt es noch andere Gründe für den Vorzug des deutschen Systems, die mehr objectiver Art sind. Denn ob unsere deutsche Auffassung der Verwandtschaft wirklich die tiefere sei, ist allerdings vom Standpunkt eines andern Volks aus zu bezweifeln, wiewohl wir unsererseits kaum zugeben werden, die größere oder geringere Nähe persönlicher Beziehungen ließe sich durch die abstracte Zahl bestimmen, etwa wie man den Abstand zweier Orte nach Meilen zählt. Sind doch selbst solche nur dann gleich weit

von einander entfernt, wenn sie in der Ebene liegen, während es einen großen Unterschied macht, ob man von b nach a bergunter oder von a nach b bergauf zu gehen hat. Vielmehr werden wir in der Relativität unserer Verwandtschaftsbestimmung denselben Vorzug erblicken, wie in der Relativität unseres Eigenthumsbegriffs, und immer wieder darauf zurückkommen, daß wie im Leben so auch im Recht die verschiednen Beziehungen eines und desselben Verhältnisses zur Geltung zu bringen seien. Wir werden immer daran festhalten, daß unsere Verwandtschaftsbestimmung nur die natürliche Ordnung und Geschichte der Familie wiedergiebt, ihr Auseinandergehen in selbständige und kleinere Familien, die sich dann wieder ebenso ausbreiten und auflösen wie die frühere. Allein wie gesagt, es läßt sich darüber streiten und es kann selbst zugegeben werden, daß das römische Recht von seinem Standpunkt aus wieder andere Vortheile darbietet. Kommt es darauf an, lediglich den Grad der Mischung des Bluts zu bestimmen, so erscheint offenbar die römische Gradzählung als die consequentere.

Dagegen wird Niemand leugnen, daß es in der Natur und Bestimmung der Erbschaft liegt, auf die Nachkommen, oder um ganz allgemein zu reden auf die folgenden Geschlechter überzugehen. Das heißt also: alle Erbschaft ist zunächst Descendentenfolge, nur freilich nicht so, daß nothwendiger Weise alle Glieder zugleich kommen müßten, wie das sogenannte reine Linealsystem fordert. Denn je näher am Blut, je näher am Gut, innerhalb der successionsberechtigten Familie entscheidet wieder die nähere Stellung zum gemeinschaftlichen Stammhaupt, wie unser älteres Recht diesen Satz bis zur Uebertreibung hart und schroff durchführt. Sobald man aber einmal zugiebt, daß alle Erbschaft zunächst für die Kinder bestimmt ist, ist kein Grund vorhanden, in der Familie der Eltern, Großeltern u. s. f. von diesem Princip abzugehen und vor ihren Nachkommen dem Grad nach nähere, aber höherstehende Verwandte der großelterlichen oder urgroßelterlichen Parentelen zu rufen. Amor magis descendit quam ascendit sagt ja selbst Justinian. Warum zum Beispiel die Enkel des Bruders schlechter gestellt sein sollen als die eigenen, ist nicht abzusehen: wenn diese

mit vollkommnem Recht den Bruder ausschließen, warum nicht jene den Oheim?

Aber unser System ist auch consequenter als das römische. Denn wenn zuletzt alle Verwandtschaft auf Abstammung ruht, wie die Römer selber sie als Inbegriff von Personen bestimmen quae ab eiusdem ultimi genitoris sanguine proficiscuntur, so ist es gewiß unmotivirt, bei der Bestimmung der Nähe derselben den Grund der Verwandtschaft wieder zu verläugnen und ein fremdes Princip unterzuschieben. Das deutsche Recht schließt consequent: also sind die näheren Verwandten die, welche von dem nähern Parens abstammen, personae quae ab eiusdem proximi genitoris sanguine proficiscuntur; das römische Recht aber läßt bei der Berechnung der Nähe die natürliche Grundlage fallen und zählt dafür bloß die Zeugungen. So kommt es, daß im römischen Recht alle Verbindung von Familie und Verwandtschaft fehlt. Bei der Begriffsbestimmung der letztern konnte man die Abstammung von einem Parens nicht entbehren, aber es bleibt bei dem bloßen Begriff, während praktisch kein weiterer Gebrauch davon gemacht wird. Und doch löst sich folgerichtig jede Verwandtschaft im Begriff der Familie auf, denn mögen wir von dem engsten Kreis des Hauses oder von dem weitesten des letzten nachweisbaren Stammvaters ausgehen, immer drängt sich, wenn wir statt der zwei, vier, acht u. s. w. Stammeltern nur den einen Parens festhalten, auf den es im einzelnen Fall ankommt, die Vorstellung von einer Reihe concentrischer Kreise auf, wodurch in jedem Fall die Verwandtschaft zunächst bestimmt wird. Die beiden Ausgangspunkte, das Haus im engsten Sinn (sui) und die Familie im weitesten (gens), sind dem römischen Recht ebenfalls bekannt, wenn schon modificirt durch die väterliche Gewalt und die Beschränkung auf Agnation; die Mittelglieder aber vom eignen Vater aufwärts bis zum letzten gemeinschaftlichen Stammvater fehlen.

In einzelnen Spuren tritt unser Princip selbst im römischen Recht zu Tage: so bei der lex Cincia, wo alle Cognaten bis zum fünften Grad und vom sechsten nur die sobrini, also nur innerhalb der nächst möglichen Parentel, zu den exceptae personae gehören;

ähnlich bei der lex Furia testamentaria, wo es die Cognaten bis zum sechsten und vom siebenten nur der sobrino natus sind, also wieder nur bis zur nächst möglichen Parentel. Ebenso werden nach prätorischem Recht in der bonorum possessio unde cognati die Verwandten bis zum sechsten Grad und vom siebenten noch der sobrino natus gerufen. Auch bei den Eheverboten macht es sich geltend, wiewohl in etwas anderer Art: insofern nämlich die Ehe zwischen Geschwistern und da wo ein respectus parentelae Statt findet verboten ist, also wenn beide oder auch nur einer unmittelbar vom gemeinschaftlichen Parens abstammen.[187] Endlich muß bei der Bestimmung der Erbfolge das Recht gerade für die nächsten Verwandtschaftsfälle, wo unser Princip seine größte Kraft entfaltet, von dem Gradualsystem wieder abgehen: in der ersten Parentel für die Descendentenfolge von jeher, und in der zweiten nach Justinianischem Recht für die Kinder voll- und halbbürtiger Geschwister. Der Grundsatz der Reciprocität also, welcher für das Intestaterbrecht als Regel aufgestellt wird, erweist sich für die nächsten Grade als unbrauchbar. Wo wäre man auch hingekommen, wenn man wirklich den Vater mit dem Sohn, den Bruder mit dem Enkel, den Onkel mit dem Neffen berufen hätte. In dem Recht der väterlichen Gewalt freilich, das principiell jeden Vermögenserwerb der Kinder ausschloß, war man von einer Umkehr der natürlichen Ordnung nicht mehr weit entfernt, nur daß sich dasselbe doch nicht in Form einer unbedingten Gleichstellung der Gradesnähe äußern konnte. Allein der Grundsatz widerstreitet in der zweiten und dritten Parentel nicht minder wie in der ersten der Tendenz des Erbrechts, wiewohl nicht geleugnet werden soll, daß sich in den entfernteren Parentelen der Unterschied zwischen römischer und deutscher Zählung mehr und mehr abschwächt, in demselben Verhältniß, in welchem sich mit der Entfernung das verwandtschaftliche Gefühl überhaupt allmählich verliert. Wenn nun aber die Verwandtschaftsberechnung nicht für die Erbfolge brauchbar ist, so daß das Recht für die nächsten, weitaus häufigsten und wichtigsten Fälle, wo wir vorzugsweise von Erbschaft reden, davon abgehen muß, wozu wird denn überhaupt eine solche aufgestellt?

Für die Ehehindernisse und die wenigen andern Beziehungen, in denen die Verwandtschaft sonst noch im Recht zur Sprache kommt, lohnt es sich kaum der Mühe. Gerade die Möglichkeit einer unbedingten Durchführung der Verwandtschaftsberechnung in der Erbfolge erscheint als Prüfstein für ihre Richtigkeit. Und diese bewährt sich nur bei der deutschen, nicht bei der römischen.

Die Geschichte des römischen Intestaterbrechts erscheint im Ganzen als ein langer Kampf zwischen der ältern Civilfamilie oder dem römischen Haus und der von der väterlichen Gewalt nicht berührten natürlichen Verwandtschaft, wobei die letztere schließlich den vollständigen Sieg erringt. Dabei hat man zum Theil sich dem deutschen System genähert, aber doch das Gradualsystem im Wesentlichen beibehalten und nur in der ersten und zweiten Parentel durch das Repräsentationsrecht modificirt. Ursprünglich erkannte das Recht nur die Civilfamilie als erbberechtigt an, wodurch alle Emancipirte und bloße Cognaten ausgeschlossen wurden: die alte hereditas legitima. Als sich später auch die cognatische Verwandtschaft geltend machte, wurde indeß kein neuer Begriff der Familie aufgestellt, vielmehr blieb der alte bestehen und verlor nur mit der Zeit an Bedeutung. Je stärker das Haus im engsten Sinne betont wurde, desto eher konnten die weitern Familieneinheiten übersehen werden, so daß schon in dem alten Ordo der Agnaten allein die Nähe des Grades entschied. Daran reihten sich später die Cognaten, bei welchen nun ebenfalls die Gradzählung den Ausschlag gab. Das alte, den einfachen Verhältnissen entsprechende Familienband wurde aufgelöst und dafür eine mehr oder weniger willkürliche Erbfolgeordnung eingeführt. Deshalb hat das ursprüngliche Erbrecht der altrömischen Familie noch immer einen viel größern Reiz, den der jugendlichen Kraft und Frische, als das spätere der Bonorum Possessio oder der Novelle 118, trotzdem das erstere im Vergleich zu diesem auf das Wunderlichste beschränkt und gebunden ist. Eine reiche Entwicklung hat Statt gefunden, aber im Grunde kein Aufsteigen zu einem höhern Princip.

Der alten Familienerbfolge liegt ein ähnlicher Gedanke zu Grunde als der deutschen: daß sie vom Haus abhängig ist. Nur

war der Begriff des römischen Hauses ein anderer als der deutsche, da er bei uns mit der natürlichen, durch die Gemeinschaft des Bluts bedingten Familie übereinstimmte, während er in Rom durch die Patria Potestas bedingt war. Daher gestalteten sich auch die zusammen berufenen Kreise anders: es sind keine Parentelen oder Familieneinheiten, sondern Ordines oder Klassen, worin das Künstliche schon durch den Namen angedeutet wird. Den ersten Ordo bildet die Familie im engsten Sinn, das Haus oder die Sui, also mit Einschluß der Frauen und Ausschluß der Emancipirten. Von Anfang an, soviel wir wissen, galt hier Repräsentationsrecht mit Stammtheilung, so daß neben den Söhnen die Enkel eines verstorbenen Sohnes u. s. f. berufen wurden: successio in caput praedefuncti parentis. Den zweiten Ordo bilden die Agnaten, der Inbegriff aller derer, die unter der gleichen väterlichen Gewalt stehen würden, wenn der gemeinsame Paterfamilias noch lebte. Dabei galt aber Gradesnähe, kein Repräsentationsrecht und wie bei der hereditas legitima überhaupt auch keine successive Delation, so daß allemal nur der nächste Grad zur Erbschaft gelangte. Brüder und Schwestern schlossen Bruderskinder aus; waren nur solche vorhanden, so erbten sie nach Köpfen.[168] Den dritten Ordo oder die Familie im weitern Sinn bilden die Gentilen, fingirte Agnaten, durch einen unbekannten Stammvater als den gemeinschaftlichen Paterfamilias zusammen gehalten. Allen drei Kreisen liegt also die väterliche Gewalt zu Grunde und zwar mit der intensiven Bedeutung, daß die abhängigen Frauen den Söhnen gleichgestellt, die Emancipirten dagegen unbedingt ausgeschlossen werden. Da dieser die Familie beherrschende Begriff bis an's Ende festgehalten wurde, blieb er natürlich unfähig die Cognaten aufzunehmen und sich dem spätern Erbrecht gemäß umzugestalten, während bei uns das Princip der Familienordnung durch den Fortschritt des Erbrechts gar nicht verändert, sondern nur in seiner Anwendung modificirt zu werden brauchte. Die Frauen gehören an und für sich so gut zur Parentel wie die Männer, die halbbürtigen Verwandten so gut wie die vollbürtigen, die nicht erbfähigen so gut wie die erbfähigen. Es handelte sich also immer nur

um eine anderweite Bestimmung des Erbrechts innerhalb der Parentel, nicht um die Veränderung der Parentelenfolge selbst. Dort aber steht der absoluten, die Ordines bestimmenden, väterlichen Gewalt auf der einen die absolute Verwandtschaftsberechnung nach Graden auf der andern Seite gegenüber, so daß mit der Auflösung der altrömischen Familie nicht blos eine Heranziehung der Cognaten, sondern ein Bruch mit der Familie selbst und von der Klasse der Descendenten abgesehen reines Gradualsystem eintreten mußte.

Uebrigens läuft die Entwicklung des cognatischen Erbrechts in Rom dem allmählichen Untergang der Vorzüge des Mannsstamms bei uns ganz parallel. Und auch die Ursachen, welche dazu geführt haben, waren ziemlich dieselben: Umbildung des Vermögens und der politischen Verfassung, veränderte Bedeutung der Familie und Absorption des Familienschutzes durch den Staat. Nur mußte der Vorzug der Agnaten in Rom anders gefaßt werden, da er durch den Begriff der väterlichen Gewalt bedingt war, also die Frauen derselben Familie (femina finis familiae) ein- und die Emancipirten ausschloß. Das Haus in dem Sinn, wie es durch die römischen Agnaten gebildet wird, haben wir niemals gekannt. Der Vorzug des Mannsstamms war daher einmal beschränkter wie bei uns, weil innerhalb der Familie die Frauen den Männern gleichstanden, mit dem Sohn die Tochter, mit dem Bruder die Schwester, dem Vatersbruder oder Brudersohn die Vatersschwester oder Brudertochter erbte, bis in Folge der lex Voconia das Erbrecht der Frauen über die Schwester hinaus aufgehoben wurde. Auf der andern Seite aber war er auch wieder stärker, weil außerhalb der Familie die Frauen so wenig wie die Männer ein Erbrecht hatten, also nicht einmal die Mutter den Kindern und die Kinder der Mutter gegenüber, wenn diese nicht durch die Manus in die Familie des Vaters aufgenommen und dadurch der Tochter gleichgestellt war. Von einem Vorzug des Mannsstamms als solchen weiß das römische Recht nichts mehr; er verschwindet in dem Vorzug der durch die Patria Potestas actuell oder potentiell verbundenen Personen, dieser aber ist ein unbedingter, der alle nicht durch

Männer verwandte ausschließt, in dem Agnatenkreis selbst dagegen keinen Vorzug des Geschlechts anerkennt.

Neben der Anerkennung der cognatischen Verwandtschaft bedurfte es zugleich einer allmählichen Gleichstellung der Emancipirten mit den Sui, da in demselben Verhältniß, in welchem diese im spätern Recht dem Paterfamilias gegenüber erwerbfähig wurden, der Ausschluß der erstern sich als unbillig darstellte. Auch hiervon konnte bei uns keine Rede sein, weil es Emancipirte im römischen Sinn niemals gegeben hat. Eben darum war eine einfachere Fortbildung des Erbrechts auf Grundlage der natürlichen Familie möglich, während das römische umgekehrt im Lauf der Zeit künstlicher und willkürlicher wurde. Die Entwicklung war eine sehr allmähliche und hat Jahrhunderte gedauert; zu einer vollständigen Ueberwindung des Agnationsbegriffs kam es erst durch Justinian, während bis dahin alle eintretenden Veränderungen nur ungenügendes Flickwerk blieben. Allerdings war zur Zeit Justinian's von der hereditas legitima nicht viel mehr übrig, so sehr war sie im Lauf der Zeit durch das prätorische Edict und eine Menge von Kaiserbeschlüssen modificirt worden, indeß bestanden die Gegensätze noch fort und harrten einer Lösung, da factisch die Agnation alle Bedeutung verloren hatte. Die altrömische Familie war untergegangen, eine neue nicht an ihre Stelle getreten; und doch bedurfte die Intestaterbfolge, die civilrechtlich noch auf jener ruhte, einer neuen Grundlage. Diese ward ihr durch die Novelle 118 gegeben, die das ältere Recht aufhob und ein anderes an seine Stelle setzte, wornach statt der mannigfachen frühern Rücksichten fortan nur die Nähe der Blutsverwandtschaft entscheiden sollte.

Sehen wir, wie Justinian seiner Aufgabe, eine einfache Successionsordnung herzustellen, entsprochen hat. Im Allgemeinen hat er sie gelöst, soweit dies nach römischem Recht möglich war. Nur die Schranke, die in der unvollkommnen Verwandtschaftsberechnung lag, konnte er nicht überwinden und deshalb blieb das Gradualsystem, wie es der alten Agnatenerbfolge zu Grunde lag, im Wesentlichen auch für die neue Cognatenerbfolge bestehen. Um neben der Gradesnähe noch ein anderes Princip zu gewinnen, da sich

jene eben zur Bestimmung der nächsten und wichtigsten Erbfälle nicht brauchbar erwies, die drei alten durch die Patria Potestas gegebnen Familienordnungen (sui, agnati, gentiles) aber gerade abgeschafft werden sollten, mußte er zu einer neuen Eintheilung der Verwandten seine Zuflucht nehmen, wonach wieder Klassen gemacht wurden. Jede derselben schließt die nächstfolgende aus, weil dieser erst dann deferirt wird, wenn Niemand aus der frühern mehr vorhanden ist. Solcher Klassen sind vier: die Descendenten; die Ascendenten, denen vollbürtige Geschwister und deren Kinder zur Seite stehen; halbbürtige Geschwister und deren Kinder; alle übrigen Collateralen ohne Rücksicht auf volle oder halbe Geburt. Die in der ersten, zweiten und dritten Klasse Gerufenen succediren regelmäßig nebeneinander, gleichviel in welchem Grad sie kommen, vorausgesetzt, daß zwischen ihnen und dem Erblasser kein Berechtigter mehr in der Mitte steht; die Collateralen der vierten Klasse dagegen succediren nach einander, so daß der nähere Grad den entferntern ausschließt und innerhalb des Ordo wieder eine vollständige successio graduum Statt findet.

Die erste Klasse ist die der alten Sui, nur daß die Suität aufgehoben und die Cognation der Agnation gleichgestellt ist. Nach alter Weise gilt Repräsentationsrecht. Es kommen also sämmtliche Descendenten des Vaters oder der Mutter ohne Unterschied des Grades, Söhne, Enkel, Urenkel u. s. w. nebeneinander. Selbstverständlich ist dabei immer, daß die vermittelnden Parentes nicht mehr am Leben sind; es soll bloß den Enkeln und fernern Descendenten keinen Nachtheil bringen, daß ihr Parens vor Eintritt der Erbschaft verstorben ist. Jedes Repräsentationsrecht schließt daher nicht nur den Vorzug des Grades aus, sondern führt zugleich Stammtheilung ein. Denn die Enkel u. s. w. können zusammen nicht mehr erhalten als ihr verstorbener Parens, wenn er die Erbschaft erlebt hätte.

In der zweiten Klasse stehen die Ascendenten, die vollbürtigen Geschwister und deren Kinder (Neffen und Nichten). Von den Ascendenten concurrirt immer nur der nähere Grad, so daß die Eltern die Großeltern, diese die Urgroßeltern ausschließen; dagegen

ist es an und für sich gleichgültig, in welchem Grad die Ascendenten stehen, die noch vorhanden sind. Es concurriren also möglicher Weise mit den Geschwistern sowohl die Urgroßeltern, die im dritten, als die Eltern, die im ersten stehen. Mit den Geschwistern kommen kraft Repräsentation zugleich die Söhne und Töchter verstorbener Geschwister, aber nur solche, nicht wie in der ersten Klasse die weiteren Nachkommen. Was die Theilung der Erbschaft anlangt, so erben Ascendenten für sich allein in Linien, das heißt das Vermögen geht nach der väterlichen und mütterlichen Seite in zwei Hälften auseinander, aber nur einmal; concurriren sie mit Collateralen, so tritt Theilung nach Köpfen ein, wobei die Kinder verstorbener Geschwister zusammen das Kopftheil ihres Parens erhalten. Sind nur Neffen und Nichten vorhanden, so müßte consequenter Weise das Gleiche gelten, weil sie nur durch Repräsentation berufen werden, und es insofern gleichgültig ist, ob sie allein oder mit Andern kommen. Da der Fall in der Novelle selbst nicht entschieden ist, so hat man seit der Zeit der Glossatoren gestritten, ob Kopf- oder Stammtheilung eintrete, jene wäre nach deutschem, diese nach römischem Recht das Richtige gewesen, der Speierer Reichstag von 1529 hat im Sinne des deutschen zu Gunsten der Kopftheilung entschieden.[189]

In der dritten Klasse kommen die Halbgeschwister, und zwar die von der Mutter (uterini) ebenso wie die vom Vater (consanguinei), neben ihnen durch Repräsentation zugleich wieder die Söhne und Töchter verstorbener Halbgeschwister, aber auch hier nur diese, nicht die Enkel oder fernern Nachkommen. Dabei tritt dieselbe Theilung ein wie in der vorigen Klasse, Halbgeschwister theilen mit halbbürtigen Neffen und Nichten nach Stämmen, sind nur Neffen und Nichten vorhanden, so erben sie nach dem Reichsabschied von 1529 nach Köpfen.

In der vierten Klasse endlich kommen die übrigen Collateralen nach der Nähe des Grades. Ein Unterschied zwischen voller und halber Geburt findet nicht weiter Statt; ebenso fällt das Repräsentationsrecht hinweg; mehrere dem Grad nach zugleich Berufene theilen stets nach Köpfen.

In der künstlichen Anordnung der Klassen zeigt sich ein ähnliches Motiv wirksam wie bei der deutschen Parentelenordnung. Aber es ist nicht zu klarem Bewußtsein und darum auch nicht zu consequenter Ausbildung gekommen; es taucht bloß in den zwei ersten Klassen bestimmter auf, wird aber schon in der zweiten wieder abgeschwächt oder verlassen. Die erste Klasse stimmt genau mit der ersten Parentel überein. Denn die Nachkommen schließen nach römischem wie nach deutschem Recht alle übrigen Verwandten aus, hier wirkt die engste und innigste Familienverbindung, daß es aber eine solche ist, spricht das römische Recht nicht aus, weil es keine deutliche Vorstellung davon hat. Doch hat es vermöge der Repräsentation hier das Princip noch entschiedener durchgeführt als das deutsche, indem es den Vorzug der Gradesnähe ganz fallen läßt und die gesammte Descendenz zugleich beruft, während das deutsche, dem ursprünglich die Repräsentation fremd war, ihn beibehält, also die Enkel eines verstorbenen Sohnes durch den überlebenden ausschließt. Wir können freilich auch sagen, das römische Recht bleibe bei dem Vorzug des Grades stehen, indem die weitern Grade nur durch Fiction berufen werden und in den ersten einrücken, dann aber liegt die Abweichung von dem Gradualsystem doch immer darin, daß neben den Kindern nicht auch Vater und Mutter gerufen werden, wie die volle Consequenz verlangen würde. Die zweite Klasse stimmt annähernd mit der zweiten Parentel überein. Doch findet sich eine doppelte Abweichung: einmal, daß neben den Geschwistern zugleich die Ascendenten der dritten und vierten Parentel kommen; und sodann, daß nur Söhne und Töchter, nicht auch die weitern Nachkommen der Geschwister in dieser Klasse erben. Da die erstern durch Repräsentation neben den Geschwistern berufen werden, erscheint die Zurücksetzung der Großneffen und Großnichten im Vergleich zu unserem Recht noch empfindlicher. Denn nach diesem schließen, weil keine Repräsentation gilt, schon die Geschwister die Kinder verstorbener Geschwister aus, diese wieder die Enkel u. s. f., während die letztern so gut wie die nähern Glieder den Vorzug der Parentel behalten. Bei den Ascendenten gilt gleichsam ein umgekehrtes Repräsentationsrecht: der nähere

schließt den entfernteren aus, wie der Sohn den Enkel, nur daß der entferntere Grad erst dann kommt, wenn der nähere ganz weggefallen ist. Daher ist auch die Theilung eine andere als bei eigentlicher Repräsentation. Die Berufung der Ascendenten über die Eltern hinaus erscheint überhaupt nur als Correlat zur ersten Klasse, um die angestrebte Reciprocität des Intestaterbrechts zu wahren. Wurden die Enkel und Urenkel in der ersten Klasse gerufen, so sollten die Groß- und Urgroßelten in der zweiten kommen; den Descendenten mußten die Ascendenten wenigstens eventuell gleichgestellt werden. Dagegen führt die Berufung der Geschwister und ihrer Kinder in dieser Klasse auf das Parentelenprincip zurück, weil sie als Collateralen den Ascendenten nachstehen, wegen der engern Familienverbindung mit dem Erblasser aber neben ihnen gerufen werden. Die dritte Klasse ist willkürlich gebildet und steht mit der zweiten in keiner Verbindung, obgleich sich diese hätte machen lassen, wenn man die Halbgeschwister neben die vollbürtigen Neffen und Nichten gestellt hätte. Die Erbfolge der vierten Klasse widerstrebt vollends unserm Gefühl, weil sie auf der römischen Verwandtschaftsberechnung fußt und daher ohne Rücksicht auf den Abstand der Familie entferntere Verwandten wegen des nähern Grades vorgehen läßt. So schließt der Onkel die Großneffen aus, weil jener im dritten, diese im vierten Grad stehen, und doch gehören die letztern zur elterlichen, jener erst zur großelterlichen Familie. Oder es erben Großneffen, Vettern und Großonkel zusammen im vierten Grad, während dieselben drei verschiedenen Parentelen angehören. Je entfernter die Verwandtschaft ist, desto gleichgültiger wird freilich die Erbfolgeordnung, nicht blos weil mit der Entfernung die Erbfälle seltener werden, sondern auch weil das Gefühl für die feinern Unterschiede der Verwandtschaft und zuletzt für die Verwandtschaft selbst mehr und mehr erlischt. Ueber die vier ersten Parentelen hinaus ist jetzt in der Regel kein Familienbewußtsein mehr vorhanden; für solche Fälle hat daher die deutsche Erbfolgeordnung nur den Vorzug der Consequenz, nicht den der Einfachheit. Der Schwerpunkt des Intestaterbrechts aber liegt in den nähern Parentelen, und hier ist die deutsche nicht

bloß consequenter, sondern auch einfacher. Denn die Familie ist das Natürliche, die abstracte Gradzählung das Künstliche.[130]

Ein wesentlicher Fortschritt des römischen Intestaterbrechts lag dagegen in der Anerkennung des Repräsentationsrechts, und dessen allmähliche Aufnahme verdanken wir allerdings erst der Berührung mit dem fremden Recht. Ursprünglich war es uns ganz unbekannt. Es widersprach dem Grundsatz, daß die dem Parens näheren Glieder näher am Gut wie am Blut seien. Darum haben wir anfangs auch keine Stammtheilung gekannt, von der elterlichen Familie an erbten in jeder Parentel zuerst die Häupter derselben, dann deren Kinder, dann die Enkel u. s. f.; alle welche in demselben Glied standen, theilten als gleich nahe nach Köpfen. Das Princip wurde ursprünglich so streng durchgeführt, daß selbst in der ersten Parentel Söhne die Enkel verstorbener Söhne ausschlossen. Dabei ist freilich nicht zu vergessen, daß die Härte durch Abschichtung des Sohnes bei der Heirath vermieden werden konnte und in der Regel auch wohl vermieden wurde. Doch mochten schon früh andere Fälle vorkommen, in denen es nicht geschah. Daher regte sich bald eine mildere Ansicht, welche Söhne und Enkel zugleich zulassen wollte, allein es hat lange und schwere Kämpfe gekostet, ehe sie durchdringen konnte, weil sich auf Grund des alten Rechtsbewußtseins ein lebhafter Widerstand erhob. Ein Capitulare König Childebert's II. von 595, welches das Repräsentationsrecht für die Kinder verstorbener Söhne und Töchter einführen wollte, blieb ohne Erfolg; nur bei den Longobarden drang schon in dieser Zeit ein gleicher Beschluß König Grimoald's durch. Auf rein deutschem Boden gelang es erst viel später. Otto der Große ordnete 942 nach altgermanischer Sitte bei Corvey ein Kampfgericht an, ob nicht wenigstens die Söhne verstorbener Söhne Repräsentationsrecht haben sollten. Da die Entscheidung wirklich zu ihren Gunsten ausfiel, wurde mit dieser Beschränkung das Recht anerkannt, der Sachsenspiegel erklärt aber ausdrücklich: „den Tochterkindern mag es nicht geschehen, daß sie gleichen Theil nehmen der Tochter in des Eltervater oder der Eltermutter Erbe." Und in andern Gegenden, wie zum Beispiel in Hessen, beharrte man trotzdem bei dem alten Recht. Erst Landgraf Heinrich II.

führte 1337 auch hier Simultansuccession der Enkel mit den Söhnen ein; in der Verordnung nennt er den Ausschluß jener zwar eine consuetudo perniciosa, non tamen a iure aliena. Tochterkinder erhielten das Recht allgemein erst durch die Reichsabschiede von Freiburg und Augsburg 1498 und 1500, doch nur in der ersten Parentel. Das Reichskammergericht hatte zwar auch für die zweite eine Gleichstellung der Neffen und Nichten mit den Brüdern und Schwestern verlangt, allein es war nicht durchgedrungen, weil auf Grund des Sachsenspiegels „dessen sich fast ein Drittel deutscher Nation gebrauche" sich eine lebhafte Opposition dagegen erhob. Erst auf dem Reichstag zu Worms 1521 gewannen die Doctoren die Oberhand, die Länder des sächsischen Rechts sind aber bis auf den heutigen Tag dem Sachsenspiegel treu geblieben und schließen, wenn Geschwister vorhanden sind, die Kinder verstorbener Geschwister von der Erbfolge aus.[191]

Es ist das nach unsern Begriffen jetzt allerdings eine Härte, und zwar im Leben wie in der Theorie, denn nachdem das Repräsentationsrecht in der ersten Parentel Aufnahme gefunden hat, verlangt die Consequenz, es auch in der zweiten und dritten durchzuführen. Darüber hinaus freilich braucht es nicht ausgedehnt zu werden, weil mit der größern Entfernung Verwandtschaft und Erbfolge gleichgültiger werden. Wo aber Repräsentation Statt findet, da muß auch Stammtheilung gelten, weil diese sich als natürliche Folge der erstern darstellt. Man kann nicht wohl innerhalb derselben Parentel die Erben im einen Fall durch Repräsentation und im andern durch Gradesnähe berufen.[192]

Der Vorzug der vollen vor der halben Geburt fehlte ursprünglich vielleicht dem deutschen Recht ganz; nach dem Sachsenspiegel war er noch auf die Geschwister und deren Kinder beschränkt. Die halbbürtigen Geschwister und ihre Kinder standen aber nicht wie im römischen Recht unbedingt hinter vollbürtigen zurück, sondern es entschied neben und vor dem Unterschied der vollen und halben Geburt die Nähe des Grades. Daher kamen zuerst die vollbürtigen Geschwister, dann die halbbürtigen, dann vollbürtiger Geschwister Kinder, dann halbbürtiger Geschwister Kinder, während

das römische Recht die Nähe des Grades außer Acht läßt und die Kinder der Geschwister nur vermöge Repräsentationsrecht ruft. Eine Verbindung zwischen voll- und halbbürtiger Verwandtschaft mußte ihm schon deshalb fern liegen, weil es die Eltern und vollbürtigen Geschwister zusammen erben läßt. Weiter als auf die Kinder der Geschwister wurde der Vorzug der vollen Geburt anfangs auch bei uns nicht erstreckt. Schon die Enkel der Geschwister kamen nach dem Sachsenspiegel ohne Unterschied, und in den entferntern Parentelen war davon vollends keine Rede. Später machte sich die Ansicht geltend, daß die halbe Geburt durchweg hinter der vollen um einen Grad zurückstehe, ja manche Rechtsquellen gingen so weit, nicht bloß wie im Sachsenspiegel die halbbürtigen Verwandten durch die vollbürtigen gleichen Grades auszuschließen, sondern wenn nur halbbürtige da waren, auch die vollbürtigen des nächsten mit ihnen zu berufen.[163] In dieser Ausdehnung erscheint indeß der Vorzug kaum motivirt, weil das Princip der Gradesnähe dadurch verletzt wird und bei der entferntern Verwandtschaft der Unterschied zwischen voller und halber Geburt mehr und mehr zurücktritt.

Führen wir nun aber das Repräsentationsrecht auch in der zweiten und dritten Parentel durch, so ergiebt sich ein noch einfacheres Verhältniß zwischen voll- und halbbürtiger Verwandtschaft, indem der Vorzug der erstern sich der doppelten Abstammung gemäß in eine doppelte Erbquote auflöst. In der zweiten Parentel kommen also zuerst die Eltern und zwar zu gleichen Theilen, dann die Geschwister, wobei die halbbürtigen mit den vollbürtigen das Erbe des gemeinschaftlichen Parens, die letztern das ihres ausschließlichen Parens allein nehmen. Aehnlich in den großelterlichen Parentelen. Auf dieselbe Weise wird auch die doppelte Verwandtschaft berücksichtigt, wenn z. B. Geschwisterkinder sich mit einander verheirathet und Erben hinterlassen haben: diese werden dann sowohl zur Erbschaft von der Vater- wie von der Mutterseite her gerufen. Ob man den Vorzug der vollen vor der halben Geburt auch in der dritten Parentel gelten lassen soll, wie es das Zürcher Gesetzbuch thut,[164] darüber kann füglich gestritten werden, denn

das Erbrecht kann sich nur soweit an die Unterschiede der Abstammung anschließen, als sie im Bewußtsein der Verwandtschaft lebendig sind. Indeß läßt man das Repräsentationsrecht in der dritten Parentel zu, so muß man auch die Unterschiede der halben, vollen oder mehrfachen Verwandtschaft berücksichtigen; man müßte sonst willkürlich wieder den Vorzug der Gradesnähe mit hereinziehen. Für den Standpunkt des ältern Rechts war das Verhältniß, wie es der Sachsenspiegel hat, am einfachsten, jetzt ist es das nicht mehr, seitdem wir im Repräsentationsrecht ein vollkommeneres Mittel haben, das Erbrecht der Gemeinschaft des Blutes anzupassen. Noch weniger kann die Ausdehnung der spätern Partikularrechte oder des Rechts der Novelle 118 gerechtfertigt werden: jene nicht, weil sie entweder den Vorzug des Grades oder den der vollen Geburt zum absoluten erheben, dieses nicht, weil es voll- und halbbürtige Geschwister als ganz verschiedene Klassen von Verwandten behandelt.

Mögen wir indeß das Repräsentationsrecht und den Vorzug der vollen vor der halben Geburt soweit fortführen wie wir wollen, gewiß kann keine naturgemäßere Erbfolge gedacht werden als die so modificirte Parentelenordnung. Leider ist dieselbe seit der Reception des römischen Rechts in einem großen Theil von Deutschland durch die Klassenordnung verdrängt werden, und man hat die letztere wenigstens eine Zeit lang in der That für die bessere ausgegeben. Dennoch ist das nationale Rechtsbewußtsein nicht dadurch unterdrückt worden, vielmehr an der Opposition gegen das fremde Recht nur erstarkt, und alle neuern Gesetzbücher, das allgemeine preußische Landrecht, der code Napoleon, das österreichische Gesetzbuch wie die neuen schweizerischen, haben mehr oder minder wieder die deutschen Grundsätze zur Geltung gebracht. Besondere Beachtung verdient das östreichische von 1811, das vollständig zur Parentelenordnung zurückgekehrt ist und sie durch Einführung eines unbeschränkten Repräsentationsrechts noch weiter ausgebildet hat. So ist das sogenannte reine Linealsystem entstanden, welches die Nähe des Grades nirgends mehr beachtet, immer die ganze nächste Parentel ruft und darin durchgehende Stammtheilung eintreten

läßt. Es erben dann nicht bloß in der zweiten die Eltern, Geschwister, deren Kinder, Enkel und Urenkel nach Stämmen neben einander, sondern auch in der dritten die großelterlichen Familien, Oheime, Tanten, Vettern, Basen, deren Kinder und Nachkommen, in der vierten die urgroßelterlichen mit ihrer gesammten Nachkommenschaft u. s. f.: gerade so wie in der ersten Kinder, Enkel und Urenkel, so daß die Erbfolge in allen Parentelen den Charakter einer Descendentenfolge hat. Mit der sechsten Parentel (den Nachkommen der sechzehn Urgroßeltern dritten Grades) hört das gesetzliche Erbrecht auf.[195] Es ist nicht zu läugnen, daß dieses System vor einer bloß modificirten Parentelenordnung, die das Repräsentationsrecht nur etwa bis zur dritten Parentel durchführt, den Vorzug der Consequenz voraus hat, während das gewöhnliche allerdings einfacher ist. Ganz können wir indeß das Repräsentationsrecht nicht mehr entbehren, und sobald wir es über die erste Parentel ausdehnen, ist kein Grund vorhanden, weshalb es mit der zweiten oder dritten aufhören soll. Auch ist die Künstlichkeit nicht so groß als sie auf den ersten Blick aussieht; die Schwierigkeit liegt weniger in der Berechnung, als in dem Nachweis der Verwandtschaft, dieser aber ist bei den andern Systemen nicht leichter als bei dem östreichischen. Am einfachsten wird für die entferntern Fälle immer das römische bleiben, nur sagt es eben unsern Begriffen nicht zu. Die gemeinrechtliche Geltung aber, auf die man sich zu Gunsten desselben beruft, erstreckt sich doch nur noch auf ein sehr kleines Gebiet; sie findet nicht Statt auf dem linken Rheinufer, in Baden, Preußen, Oestreich, nicht in Sachsen, Thüringen und Anhalt, nicht bei dem hohen Adel, bei einem Theile der Ritterschaft und des Bauernstands. Um so mehr sind wir verpflichtet, auf die Gegensätze zu achten, die das fremde und nationale Rechtsbewußtsein kund giebt.

Wir beschließen damit vorläufig unsere Kritik des römischen Rechts. Der Zusammenhang der Darstellung brachte es mit sich, daß wir uns an die gewohnte Ordnung des Systems anschließen

und jeden Theil für sich besonders betrachten mußten. Lösen wir dagegen das Recht in seine drei Elemente auf, das factische, sittliche und specifisch juristische,[198] so wird sich leicht auch ein Gesammturtheil herausstellen. Hinsichtlich des factischen und sittlichen enthält das römische Recht nur einen genauen Ausdruck der römischen Cultur überhaupt: es ist um kein Haar breit besser oder schlechter als diese selbst. Den Lebensverhältnissen ist es auf dem Fuß nachgegangen und hat ihnen trotz seiner Abstraction doch nur eine präcise juristische Form gegeben, den sittlichen Verfall hat es aufzuhalten und zu bekämpfen gesucht, indem es länger als die anderen geistigen Erzeugnisse des Volks, ja selbst länger als die Sprache, die alte Kraft und Reinheit einer bessern Zeit bewahrte, höher als das Volk in der besten Zeit steht aber auch sein Recht nicht. Das eigentlich Klassische an ihm, was für alle Zeit bleibenden Werth hat, ist also die reine Form, das technische oder logische Element, was die Römer, freilich mit Unrecht, für das ausschließliche gehalten haben. Diese Form steht allerdings auf gleicher Höhe mit den idealen Gebilden griechischer Kunst, und wir können zum Schluß nur wiederholen, wovon wir in der Einleitung ausgegangen sind, daß so lange es eine Rechtswissenschaft giebt, diese nicht aufhören wird, an den Gebilden des römischen Rechts immer von Neuem die eigenthümliche Schönheit und Reinheit der Form nachzuahmen und zu bewundern.

Im Uebrigen wird jede unbefangene Prüfung ebenso große Mängel wie Vorzüge desselben aufdecken. Freuen wir uns, daß jetzt wieder eine unbefangene Prüfung möglich geworden ist. So gern wir seine Unentbehrlichkeit einräumen, so wenig wollen wir uns länger unter das Joch seines Buchstabens, unter die todte Form untergegangener Institute zwingen lassen. Denn diese leben nimmer wieder auf und konnten es zu keiner Zeit, so sehr sich eine einseitige, dem Volk entfremdete Jurisprudenz darüber täuschen mochte. Sie waren einst der lebendige Leib römischer Sitte und römischen Lebens, sie sind als solche mit den römischen Zuständen und Verhältnissen vergangen. Nur ihr Geist lebt fort und kann fruchtbringend neues Leben wecken, aber auch dieser nicht mehr als

rein römischer, sondern als ein von uns aufgenommener und durch unsere Anschauungen veränderter.

Darum ist die Aufnahme des römischen Rechts bei den modernen Culturvölkern, vor Allem durch das deutsche, auch keine That des römischen Geistes mehr, sondern des deutschen. Das römische Recht war es nicht, das plötzlich wieder erwacht wäre und den Widerstand gebrochen hätte, der ihm entgegengesetzt wurde, sondern unser Volk ist es gewesen, das nach dem Vorgang anderer freiwillig sich dem Studium der Antike hingegeben und in der Begeisterung für sie eine lange Zeit die wunderbare Gothik des deutschen Rechts vergessen hat. Und in dem lebhaften Kampf, der dann über die praktische Einführung des fremden Rechts ausbrach, sind allein nationale Kräfte in Bewegung gewesen. Für und wider waren es deutsche Interessen, ideelle wie materielle, man möchte sagen die Tendenzen der Vergangenheit und der Zukunft, welche den Kampf durchgefochten und wie nicht anders möglich war im Sinne der Zukunft entschieden haben. Nicht die Kraft des römischen Rechts, sondern die fortschreitende Cultur und Weltbildung des fünfzehnten Jahrhunderts war es, was ihm Aufnahme verschafft und seine Wiedergeburt bewirkt hat. Kein Schatz kann sich selber heben. Der Schatz war da, gehoben konnte er erst werden, seitdem sich bei den modernen Culturvölkern Kraft und Empfänglichkeit dafür zeigte. Es war eine That des deutschen Universalismus. Deshalb ist die Reception nirgends so gründlich durchgedrungen wie bei uns, weil kein anderes in gleichem Maß den Universalismus und die Weltcultur vertritt. Darum hat England, obgleich es in vielen Beziehungen uns überlegen ist, das römische Recht nicht recipirt. Es hat nicht in dem Grade an den allgemeinen Interessen Theil genommen wie unser Volk, das nur zu oft sein bestes Herzblut dafür geopfert hat. Schon die insulare Lage, womit auf der andern Seite unendliche Vortheile verbunden sind, hielt es ab, sich von den Kämpfen des Mittelalters so unmittelbar berühren zu lassen als wir es gethan haben.

Aber von dem Augenblick an, wo wir das römische Recht bei uns aufnahmen, versuchten wir es auch zu überwinden. Anfangs

freilich mochte es aussehen, als ob dasselbe umgekehrt uns in Fesseln schlagen wollte; es war mehr ein Gespenst, das von den gelehrten Juristen heraufbeschworen, vom gemeinen Mann gefürchtet und von Niemand gebannt wurde, wie eine lebendige Kraft, die man geistig beherrscht und sich assimilirt hätte: noch ein todtes Erz, das so lange es mechanisch angewandt wurde, sich zu neuer Production unfähig erwies. Allein mit jedem Schritt, den unsere Jurisprudenz, und gerade die romanistische, vorwärts gethan hat, sind wir desselben mehr und mehr Meister geworden, haben wir es uns unterthan gemacht, und nach unserm freien Willen benutzen gelernt, bis endlich die sogenannte historische Schule diesen Ueberwindungsprozeß wenigstens theoretisch zum Abschluß gebracht hat. Es ist ein Irrthum, wenn sich unsere Juristen zum Theil noch immer dem heutigen römischen Recht gegenüberstellen und es als fremdes behandeln. Denn es ist nicht mehr altrömisches, es ist unser Recht, weil wir es bei uns aufgenommen und fortgebildet haben. Indem wir es tausend Jahre nach dem Untergang des römischen Reichs für ein anderes Land und Volk, für andere Zustände und Verhältnisse, mit einem Wort für eine höhere sittliche und wirthschaftliche Cultur zu neuem Leben erweckten, haben wir auch sogleich beginnen müssen, es seines nationalen Charakters zu entkleiden; jeder Romanist trägt um so mehr dazu bei, je tiefer er es zu erfassen, je reiner er es darzustellen sucht. Dieser Umbildungsprozeß ist zwar noch nicht vollendet, aber es ist jetzt alle Aussicht vorhanden, daß da wo die Wissenschaft für sich allein ihn nicht vollenden kann, ihr die Gesetzgebung zu Hülfe kommen wird.

Die Zeiten sind vorüber, wo eine naive Bewunderung des Fremden überall williges Gehör fand. Es ist endlich auch in unserm Volk ein Gefühl des eignen Werths erwacht, mit dem eine gerechte Anerkennung des Fremden sich wohl verträgt. In der Gegenwart liegt vielleicht eher die umgekehrte Gefahr näher, sich in Eitelkeit und Selbstüberhebung zu gefallen, als die der frühern Zeit, bloß Augen für das Fremde zu haben und das Eigne darüber zu vergessen oder gering zu schätzen. Aber wie die Sachen einmal stehen, kann es nur Mangel an Einsicht sein, noch in un-

bedingte Bewunderung des römischen Rechts auszubrechen, nur Mangel an gutem Willen, noch einer Alleinherrschaft desselben das Wort zu reden. Es war ein zweifelhaftes Glück für das römische Volk, daß sein Leben in einseitiger Ausbildung des Rechts sich erschöpft hat, und was damit zusammenhing, in Eigennutz, Geldgier und Genußsucht zu Grunde gegangen ist. Seien wir dankbar dafür, daß unser Loos ein anderes ist; unser Verdienst ist es nicht.


VITTORIO EMANUELE
BIBLIOTECA IN ROMA

Anmerkungen.

[1] Mommsen römische Geschichte 1, 170—189. 413—422. 805—835. 2, 377—404. 3, 484—527 (zweite Auflage. Berlin 1856. 1857.)

[2] Gaius 3, 141. § 2. J. de emptione et vendit. 3, 23. Ilias 7, 472—475. Justinian billigte selbstverständlich die entgegengesetzte Ansicht, merkwürdiger Weise wieder unter Berufung auf Homer (Ilias 6, 234—236): sed Proculi sententia dicentis, permutationem propriam esse speciem contractus a venditione separatam, merito praevaluit, cum et ipsa aliis Homericis versibus adiuvatur et validioribus rationibus argumentatur. Auch die Pandekten haben überall das Richtige.

[3] Näheres bei Mommsen röm. Gesch. 2, 393.

[4] Roscher System der Volkswirthschaft I. § 204. — Roscher Ansichten der Volkswirthschaft vom geschichtlichen Standpunkt S. 454 (Heidelberg 1861).

[5] Cicero ad Atticum 16, 15 (die Forderung an Dolabella betreffend). l. 19 de iniuriis 47, 10: si creditor meus, cui paratus sum solvere, in iniuriam meam fideiussores meos interpellaverit, iniuriarum tenetur.

[6] Näher ausgeführt im vorbereitenden Theil der Darstellung: Arnold Cultur und Rechtsleben S. 220—227. 319—327.

[7] Mißbräuche werden natürlich auch in Rom nicht ausgeblieben sein, doch waren sie besonders häufig in den Provinzen. Dagegen war die lex Cornelia von 67 gerichtet. Vgl. Rudorff röm. Rechtsgeschichte 1, 144—146, bes. Note 14 (Leipzig 1857).

[8] Puchta Cursus der Institutionen 1, 303 (sechste Auflage von Rudorff. Leipzig 1865).

[9] Savigny vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft S. 30—31.

[10] Keller über Litiscontestation und Urtheil S. 228 Note 8.

[11] C. A. Schmidt der principielle Unterschied zwischen dem römischen und germanischen Rechte (Rostock 1853) S. 6—7. „Die Geschichte lehrt uns doch auch, daß nicht jede Reception fremder Elemente eine reichere Entfaltung des nationalen Lebens zur Folge gehabt hat; sie zeigt uns Beispiele in Menge,

in denen das Eindringen fremder Bildung das nationale Leben eines Volks verkümmert und seine Lebenskraft gebrochen hat —".

[12] C. A. Schmidt der principielle Unterschied zw. dem r. u. g. Rechte S. 37. 82. 93. 97. 99. 102. 108. 132. 147. 278. 333. Jhering Geist des röm. Rechts (zweite Auflage 1866) 1, 318—340. Erste Auflage S. 291—313. Vgl. dazu Arnold Cultur und Rechtsleben S. 89—93.

[13] Rudorff röm. Rechtsgeschichte 1, 173—175.

[14] Vangerow die Latini Juniani (Marburg 1833) S. 67. 147.

[15] Die Unterscheidung von Rechts- und Handlungsfähigkeit gehört in dieser Fassung nicht dem römischen oder deutschen Recht, sondern erst der neuern Wissenschaft an. Freilich ist sie, wie alle Fortschritte der letztern, im Anschluß an das römische Recht erfolgt, allein sie hat hier nur ihren Anknüpfungspunkt, nicht ihre eigentliche Quelle. Die Abstraction ist jetzt wie in vielen andern Fällen noch weiter vorgeschritten als bei den klassischen Juristen.

[16] Albrecht die Gewere als Grundlage des ältern deutschen Sachenrechts (Königsberg 1828) S. 306—308.

[17] Es ist erst eine philosophische Abstraction der spätern Zeit, die keine praktischen Folgen hatte, wenn neben der Rechtlosigkeit der Sclaven der Gedanke auftaucht, daß alle Menschen gleich seien. Ulp. l. 32 de reg. iur. 50, 17. Quod attinet ad ius civile, servi pro nullis habentur; non tamen ex iure naturali, quia quod ad ius naturale attinet omnes homines aequales sunt. Denn wie die Sclaverei im Alterthum über alle Länder verbreitet war, so galt sie auch nach römischem Recht ex iure gentium.

[18] Wie wenig die tiefere Bedeutung der Standesunterschiede selbst nach den neuesten rechtsgeschichtlichen Untersuchungen verstanden wird, sieht man daraus, daß manche Romanisten noch immer auf diese Unterschiede vornehm herabsehen und einen Vorzug des römischen Rechts darin finden, daß sie demselben fehlen. Für die Gegenwart würde es allerdings verkehrt sein, das ganze Privatrecht nach Ständen abtheilen zu wollen, im Sinne des Mittelalters war es dies durchaus nicht.

[19] Bluntschli deutsches Privatrecht § 35. § 38. „Das deutsche Recht vergißt nicht über der Persönlichkeit des Ganzen die Persönlichkeit der Einzelnen, welche in ihrer Vereinigung das Ganze bilden, und denkt sich dieselben als verbundene Theilhaber an dem Recht des Ganzen." „Wenn es unter Umständen ein Fehler ist, vor den Bäumen den Wald nicht zu sehen, so kann es auch ein Fehler werden, vor dem Wald die Bäume nicht zu gewahren." Vgl. auch Beseler Volksrecht und Juristenrecht S. 161—194 (Leipzig 1843), der das große Verdienst hat, die Genossenschaft als eigenthümliche Rechtsform zuerst an das Licht gezogen und allgemeiner begründet zu haben.

[20] Möser patriotische Phantasien 3, 291 (Ausgabe von Abeken): der Bauerhof als eine Actie betrachtet.

[21] Die historischen Anknüpfungspunkte der Actiengesellschaft werden jetzt auch von Renaud anerkannt: das Recht der Actiengesellschaften (Leipzig 1863) S. 7—12. Der aus dem südlichen Frankreich hergeholten Beispiele

alter Mühlengenossenschaften hätte es kaum bedurft; sie kommen im Mittelalter in vielen deutschen Städten vor.

[22] J. Christian Hasse Beitrag zur Revision der bisherigen Theorie von der ehelichen Gütergemeinschaft (Kiel 1808) S. 99—114. Eigentlich zur „mystischen Person", was indeß nur ein anderer Name ist: „ein ursprünglich abgesondertes Vermögen wird dadurch Eine Vermögensmasse im strengsten Sinne, daß die Individuen in Hinsicht desselben nunmehr eine mystische Person ausmachen."

[23] Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich (1854) § 19—49: von den Corporationen. Diese werden eingetheilt in staatliche oder kirchliche, und in rein privatrechtliche; die letztern sind entweder juristische Personen im engern Sinne (Einheit ohne Theilrecht) oder Genossenschaften (mit Theilrechten der Mitglieder). — Von anderer Seite her hat sich neuerdings namentlich Ihering in höchst anerkennenswerther Weise der deutschrechtlichen Auffassung genähert: Geist des römischen Rechts 3a, 330—338 (1865).

[24] Gaius 2, 13. 14: corporales quae tangi possunt, veluti fundus, homo, vestis, incorporales — quae tangi non possunt — sicut hereditas, ususfructus, obligationes quoquo modo contractae. Uebrigens erklärt sich die Eintheilung auch durch den doppelten Gebrauch der actio in rem, während die Obligationen erst später hinzugezogen wurden. Keller Institutionen (Leipzig 1861) S. 25.

[25] Keller Civilprocefs § 87 S. 370—375. Bekker Jahrb. des gemeinen Rechts 4, 184—185 (1860). Der römische Sprachgebrauch hat indeß längere Zeit geschwankt und geht in seiner weitesten Ausdehnung noch über den Unterschied dinglicher und persönlicher Rechte hinaus, weshalb Savigny System 5, 23 den Ausdruck dingliche Klage für actio in rem ganz vermieden wissen will.

[26] Paulus l. 4 de usufructu 7, 1: ususfructus in multis casibus pars dominii est —.

[27] Puchta Pandekten § 320. Gute Bemerkungen über den Ausdruck rei obligatio zur Bezeichnung des Pfandrechts bei Dernburg das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts 1, 116—121 (1860), wo namentlich die allgemeinere Bedeutung von obligatio hervorgehoben wird.

[28] Rudorff Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft 11, 334. 338. 339 (1842). Savigny das Recht des Besitzes, siebente Auflage 1865 besorgt von Rudorff, S. 197—204. 632—633. Puchta Cursus der Institutionen II. § 227 a. E. Für die von Niebuhr und Savigny aufgestellte Ansicht ist neuerlich auch Schwegler eingetreten: römische Geschichte 2, 427 (Tübingen 1856). So viel mag ohne Frage richtig sein, daß die Besitzverhältnisse am Ager Publicus schon in sehr früher Zeit den scharfen Unterschied zwischen Eigenthum und Besitz, Recht und Factum, deutlich vor Augen stellten und zur weitern Entwicklung dieses Unterschieds wesentlich beigetragen haben. Ohne sie würde sich später kaum eine so feine Besitztheorie gebildet haben, ohne die den Römern eigne begriffliche Scheidung von Recht und Factum umgekehrt aber auch keine Possessio am Ager Publicus in dieser Form möglich gewesen sein.

[29] Bruns das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart (Tübingen 1848) S. 196—197.

[30] Keller semestria ad M. Tullium Ciceronem (Zürich 1842) S. 346—347. Rudorff Zs. für gesch. Rechtsw. 11, 341. 346.

[31] Julianus l. 33 § 6 de usurp. et usucap. 41, 3.

[32] Bruns das Recht des Besitzes S. 12—15.

[33] l. 49 pr. de acquir. vel amitt. poss. 41, 2: possessio quoque per servum, cuius ususfructus meus est, ex re mea vel ex operis servi acquiritur mihi, quum et naturaliter a fructuario teneatur et plurimum ex iure possessio mutuetur.

[34] Ob auch durch die, welche in manu oder mancipio standen, Besitz erworben werde, war nach Gai. 2, 90 streitig. Ueber die muthmaßlichen Gründe dieses Streites Keller Pandekten § 119 (zweite Auflage 1, 269). Da manus und mancipium zu Gajus' Zeit schon seltner geworden waren, ist Keller geneigt anzunehmen, daß man hier eher der elegantia iuris gefolgt sei, während bei der patria potestas allgemein die Rücksicht auf die utilitas entschieden habe.

[35] Vergl. jedoch die Anmerkung von Rudorff zu Puchta's Pandekten § 131e zehnte Auflage (1866). Dritten gegenüber hat der Occupant die Interdicte.

[36] Bruns das Recht des Besitzes S. 81. 469. 470. 477. 478.

[37] Die gesammelten Stellen s. bei Bruns S. 82—86. Von den neuen Gesetzbüchern nimmt das Zürcher § 490 auch einen Nießbrauchs-, Pacht- und Miethebesitz an und zwar als abgeleiteten Sachbesitz wie beim Pfandgläubiger.

[38] Paulus (unter Berufung auf Labeo) l. 3 § 5 de acquir. vel amitt. poss. 41, 2. Africanus l. 40 § 3 eod. Paulus l. 2 uti possidetis 43, 17. Vgl. auch Keller Pandekten § 114 a. E. (zweite Auflage 1, 256).

[39] Der künstliche Unterschied von ψυχὴ δεσπόζοντος und ψυχὴ δεσπότου ist nach Bruns S. 4 aufzugeben. Animus domini ist gar kein klassischer Ausdruck; eine bestimmte technische Bezeichnung des animus kennen die Römer überhaupt nicht. — Auch das neuere Naturrecht geht davon aus, daß in dem Besitz nicht das reine Factum, sondern ein mögliches Recht geschützt werde. „Besitzen unterscheidet sich von Innehaben durch die Aneignung . . . . das Gesetz wahrt daher in dem Besitz potentielles Eigenthum, bis bewiesen ist, daß Bedingungen dem Besitz fehlen, welche hinzutreten müssen, um den Begriff des Eigenthums zu erfüllen." Trendelenburg Naturrecht auf dem Grunde der Ethik § 95 (1860. 1868). Aehnlich erklärt Ihering Geist des röm. Rechts 3a, 339—340 den Besitz für ein rechtlich geschütztes Interesse und will ihn zu den Rechtsverhältnissen an der Sache gezählt haben: „der Besitz ist seiner ursprünglichen Idee nach nichts als das Eigenthum in der Defensive." Weiter ausgeführt in den Jahrbüchern für die Dogmatik 9, 44. 46. 56—58. 122—124. 136. 155—166. 173. 182. 195—196 (1868). Dagegen betont Büchel über die Natur des Besitzes (Marburg 1868) S. 8. 15. 35—46. 56. 62 vom systematischen Standpunkt des römischen Rechts aus wieder die rein factische Natur des Besitzes. Eine kritische Uebersicht der ver-

schiedenen Besitztheorien giebt Ihering in den Jahrb. für die Dogmatik 9, 5—44.

[40] Arnold zur Geschichte des Eigenthums in den deutschen Städten S. 16. 17. 286. 289. 290.

[41] Bethmann-Holiweg Zeitschrift für gesch. Rechtsw. 5, 377—378 (1825); der römische Civilprozeß 1, 58 (Bonn 1864). Voigt das ius civile und ius gentium der Römer (Leipzig 1858) S. 111. Die lex Pinaria wäre nach Voigt nicht wie gewöhnlich geschieht in das Jahr 472, sondern in das Jahr 432 vor Christo zu setzen: ius civile und ius gentium S. 187. Auch Bethmann-Hollweg röm. Civilprozeß 1, 65 neigt für diesen Termin.

[42] Gaii inst. 2, 53. 54. Lex enim XII tabularum soli quidem res biennio usucapi iussit, ceteras vero anno. ergo hereditas in ceteris rebus videbatur esse, quia soli non est, quia neque corporalis est. quamvis autem postea creditum sit, ipsas hereditates usucapi non posse, tamen in omnibus rebus hereditariis, etiam quae solo tenentur, annua usucapio remansit.

[43] Gaii inst. 2, 157. Sui quidem heredes ideo appellantur, quia domestici heredes sunt, et vivo quoquo parente quodammodo domini existimantur.

[44] Schmidt der principielle Unterschied zwischen dem römischen und germanischen Rechte S. 249.

[45] Nach Roßbach Untersuchungen über die römische Ehe (Stuttgart 1853) S. 82—84 wären die fünf Zeugen anders zu erklären. Doch scheint die gewöhnliche Anknüpfung an die fünf Klassen des Servius einfacher und natürlicher. Dafür daß die Mancipation älter ist als die zwölf Tafeln und in ihrer ursprünglichen Gestalt sogar älter als die Klassenordnung, sprechen auch innere Gründe. Wäre sie zu einer Zeit, wo der Geldverkehr aufkam, nicht schon herkömmlich und allgemein im Gebrauch gewesen, so würde sie überhaupt nicht entstanden sein. Eine andere Frage ist, ob und in wie weit sie vorher zugleich als symbolische oder formale Eigenthumsübertragung mit bestimmten Rechtswirkungen gegolten habe; denn reine Form im spätern Sinne des Worts konnte sie natürlich erst werden, nachdem sie ihre frühere Bedeutung verloren hatte.

[46] Puchta Cursus der Institutionen II. § 238 (sechste Auflage 1866 mit Zusätzen von Rudorff S. 541—547). Eine Uebersicht der verschiedenen Meinungen bei Keller Institutionen S. 25—29. Auch der Umstand, daß die Frauen res nec mancipi ohne Tutor, res mancipi nur mit demselben veräußern durften, deutet nicht nothwendig auf eine Beziehung zur Beute, denn daß in der ältern Zeit allein die Männer frei erwerben und veräußern können, ist ebenso erklärlich wie ihr Vorzug im Erbrecht.

[47] Die hier vertretene Ansicht haben neuerdings namentlich Roßbach römische Ehe S. 82. 85—92 und Mommsen röm. Gesch. 1, 142 und Geschichte des römischen Münzwesens (Berlin 1860) S. 170. 174 näher begründet, so daß sie jetzt wohl als die wissenschaftlich allein statthafte angesehen werden kann. Ueber den Charakter der Mancipation als Scheingeschäft vgl.

Jhering Geist des römischen Rechts 2b, 564—579. Eine von der bisherigen sehr abweichende Ansicht hat Leist aufgestellt: Mancipation und Eigenthumstradition (Jena 1865) S. 126—196.

[48] Gaii inst. 1, 192. 2, 47.

[49] Cic. top. 5. Ulpiani fragm. 19, 7. Puchta Cursus der Institutionen II. § 236 Note s.

[50] Gaii inst. 2, 40. 41. Cic. Verrin. 2, 40—44. Mayer über das duplex dominium des römischen Rechts in der Zeitschr. für gesch. Rechtsw. 8, 48 (1835). Keller röm. Civilprocefs § 28 S. 112—113. An und für sich könnte ebenso gut auch das Umgekehrte möglich und die erste Function aus der zweiten entstanden sein, da das Verhältniß des unförmlichen Erwerbers anfangs nichts weiter als bonae fidei possessio war; indeß erscheint der ganzen Entwicklung nach der Schutz eines formell unvollkommenen Erwerbs als die speciellere und ältere Anwendung der Klage. Anders Bethmann-Holiweg römischer Civilprozeß 2, 310 (Bonn 1865). Die Berufung auf das Edict enthält aber keinen durchschlagenden Grund, da wir nicht wissen, ob uns die Bestimmungen desselben über die Publiciana vollständig erhalten sind. Vgl. auch Leist die bonorum possessio, 1, 241—290 (Göttingen 1844).

[51] Keller Institutionen S. 35—39.

[52] Gaius l. 2 de superficiebus 43, 18.

[53] Mayer in der Zs. für gesch. Rechtsw. 8, 67—70. Daselbst ist überhaupt auf die Erwerbsarten aufmerksam gemacht, die ebensowohl civile als naturale sind.

[54] Rudorff Zeitschrift für gesch. Rechtsw. 13, 189—190 (1846).

[55] Lex Baiuvar. 15, 11 § 1, 4. 16, 1 § 2. Andere Stellen, auch aus dem angelsächsischen und altnordischen Recht, bei Bruns Recht des Besitzes S. 289—292. Leist über die Natur des Eigenthums (Jena 1859) S. 120. 141. 152. 155. 163. 169. 177. Mancipation und Eigenthumstradition (Jena 1865) S. 284—286. Arnold zur Geschichte des Eigenthums in den deutschen Städten S. 172—176. Keller Pandekten § 142 (1, 313—316 der zweiten Auflage). Ueber die Urverwandtschaft der Worte labor, rabota, arbeit vgl. Grimm deutsches Wörterbuch s. v. arbeit. —

Leist über die Natur des Eigenthums S. 154 bringt den Gegensatz des römischen und deutschen Rechts auch mit den klimatischen Verhältnissen in Verbindung, indem der Norden schwerere Mühe und Arbeit verlangt habe. Ohne Einfluß sind die klimatischen Verhältnisse sicherlich nicht gewesen, nur kann er nicht als unmittelbar angesehen werden. Das Klima wirkte zunächst auf das wirthschaftliche Leben, also wohl auch darauf mit ein, daß sich die Arbeit bei den Römern nicht als selbständig productiver Factor wie bei uns entwickelt hat. Erst hiervon war wieder die verschiedene Gestaltung der Eigenthumsbegriffe mit abhängig, die sich natürlich an die nationale Cultur anschließen mußten.

[56] Die Ausdrücke condominus und condominium sind den Römern unbekannt. Statt dessen wurde communio gesagt: Savigny Obligationenrecht 1, 311—313. Ueber das Individualitätsmoment des Eigenthums, wonach

regelmäßig jede Sache besonders eingeklagt werden mußte, s. Jhering Geist des röm. Rechts 3a, 32—40. Bei der Stipulation galt der umgekehrte Satz tot stipulationes quot res, für mehrere Gegenstände genügt Eine Stipulation.

[57] Gaius 2, 14. § 2 J. de rebus corpor. 2, 2. Iavolenus l. 115 de verborum signif. 50, 16: — possessio ergo usus, ager proprietas loci est.

[58] So redet Savigny in der Vorbemerkung zu seinem Aufsatz über die Latinität, Zeitschr. für gesch. Rechtsw. 5, 229 von einem Eigenthum an wissenschaftlichen Abhandlungen und dem Rückfall desselben an den Verfasser. Puchta Institutionen II. § 243 stellt das Eigenthum als totale und die „übrigen" dinglichen Rechte als partielle Unterwerfung der Sache wie Arten eines gemeinschaftlichen Gattungsbegriffs neben einander und giebt eine Aufzählung der iura in re, je nachdem sich ihr Inhalt dem Eigenthum mehr oder weniger nähert. Ja Bähr Jahrbücher für die Dogmatik 1, 361 redet mit vollem Bewußtsein und im Sinne des deutschen Rechts sehr richtig von dem Eigenthum an einer Forderung, welches durch die Cession aus dem Vermögen des Cedenten in das des Cessionars übertragen werde. In ähnlichem Zusammenhang braucht Salpius Novation und Delegation nach römischem Recht (Berlin 1864) S. 361. 406. 415 mehrfach den Ausdruck Eigenthümer der Forderung. Die Beispiele zeigen, wie tief das deutsche Princip uns im Blute steckt; sie könnten leicht noch ansehnlich vermehrt werden.

[59] Dirksen Zeitschr. für gesch. Rechtsw. 2, 405 (1816).

[60] Treffend bemerkt Mommsen röm. Geschichte 1, 149 über den ursprünglichen Charakter des römischen Rechts: „gestattend oder hindernd tritt das Recht stets unbedingt auf: es ist als fände es eine Freude daran, überall die schärfsten Spitzen hervorzukehren, die äußersten Consequenzen zu ziehen, die Tyrannei des Rechtsbegriffs gewaltsam dem blödesten Verstande aufzudrängen."

[61] Arnold zur Geschichte des Eigenthums in den deutschen Städten S. 34. 141. 192. 205. 249. Die Verbreitung der Superficies in Rom kann zugleich als Beleg dafür angeführt werden, daß unter großstädtischen Verhältnissen das Gesetz der Arbeitstheilung sich auch auf Herstellung von Wohnungen erstreckt. „Der Häuserbau wird ein arbeitstheilig sich vollziehendes Verkehrsgeschäft." Knies Zeitschr. für die ges. Staatswissenschaft 15, 86—89 (1859). Degenkolb Platzrecht und Miethe S. 106—108 (Berlin 1867) findet den Entstehungsgrund der Superficies in der Unveräußerlichkeit des Bodens, geschichtlich gewiß vollkommen richtig. Doch reicht dieser Grund für sich allein zur Bildung eines neuen Rechtsinstituts nicht aus. Auch die deutsche Leihe kommt ebensowohl auf veräußerlichem wie auf unveräußerlichem Boden vor.

[62] Rudorff Zeitschr. für gesch. Rechtsw. 11, 228—238 (1842). Bruns Recht des Besitzes S. 9—10. Savigny Recht des Besitzes S. 655—660 (Zusatz von Rudorff). Degenkolb Platzrecht und Miethe S. 55—103. — Nicht selten scheint es auch vorgekommen zu sein, daß Jemand unbefugt auf öffentlichem Grund und Boden Gebäude errichtete. In diesem Fall wurde, um die Gebäude zu schonen, nachträglich ein Solarium auferlegt, die locatio

also von der einen Seite der andern vorgeschrieben. Degenkolb Zeitschr. für Rechtsgesch. 4, 482—483 (1864).

[63] Puchta Institutionen II. § 245 Note p. Dernburg Pfandrecht 1, 111 Anm. 15. Schon Savigny Recht des Besitzes S. 292 (siebente Auflage) hat es hervorgehoben, daß diese neueren iura in re, Superficies und Emphyteuse, dem Eigenthum sehr nahe gebracht seien, viel näher als man es nach dem alten strengen Begriff vom Eigenthum für möglich oder räthlich gehalten habe.

[64] Valentinianus et Valens l. 3 C. de fundis patrim. 11, 61.

[65] Cod. 4, 66 de iure emphyteutico (l. 1 von Zeno, l. 2. 3 von Justinian).

[66] Anastasius l. 14 C. de fundis patrim. 11, 61. Valentinianus, Theodosius et Arcadius l. 7 C. de omni agro deserto 11, 58.

[67] Rudorff Zeitschr. für gesch. Rechtsw. 13, 194—196. 202—204. 245. 246 (1846). Faustpfand und Hypothek werden von Rudorff als Unterarten des Pignus behandelt und bis auf den Anfang der Republik zurückgeführt. Doch konnte bei dem Einen wie dem Andern nicht von einem eigentlichen Recht die Rede sein, so lange noch keine Rechtsmittel dafür bestanden. S. dagegen Dernburg das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts 1, 45—47. 50—54 (1860).

[68] Gai. inst. 2, 59, 60: — soluta quidem pecunia omnimodo competit, nondum vero soluta ita demum competit, si neque conduxerit eam rem a creditore debitor neque precario rogaverit, ut eam rem possidere liceret. Dernburg Pfandrecht 1, 23—26.

[69] Das Pfandrecht an Forderungen ist so wenig ein dingliches Recht wie das an körperlichen Sachen eine bloße obligatio rei. Dernburg Pfandrecht 1, 96. 97. 116—121. 461. 462 unterscheidet daher ein Pfandrecht im weitern und im engern Sinne und bringt die Verpfändung von Forderungen unter den Gesichtspunkt einer beschränkten Cession. Noch eigenthümlicher gestaltet sich die Verpfändung von Servituten.

[70] L. 11 C. qui potiores in pignore 8, 18. Die Mängel des römischen Pfandrechts hat übrigens Puchta Institutionen § 250 a. E. nachdrücklich hervorgehoben. Abweichend von der gewöhnlichen Ansicht sieht Dernburg Pfandrecht 2, 421 (1864) das Motiv des Gesetzes nicht in einer Bevorzugung öffentlicher Urkunden, sondern in dem Mißtrauen gegen unbeglaubigte Privaturkunden.

[71] Schon diese Ausdehnung des Servitutenrechts machte den römischen Juristen Schwierigkeiten, wie die Relation Ulpian's l. 6 § 2 si servitus vindicetur 8, 5 zeigt.

[72] Scheurl Zeitschr. für gesch. Rechtsw. 12, 242—245 (1845). Nur soviel ist an der ältern Ansicht richtig, daß sich der Inhalt der Servituten im Allgemeinen nach dem Inhalt des Eigenthums bestimmt. Was Eigenthumsbefugniß sein kann, ist auch als Inhalt einer Servitut denkbar, etwas Anderes nicht. Der Begriff der Servitut ist erst durch Abstraction entstanden. Die eingeräumte Befugniß erschien zunächst als künstliche Erweiterung des Eigen-



thums auf Seiten des Berechtigten, wobei der Gedanke einer Servitut für das dienende Grundstück sich aus dem Begriff des Eigenthums von selbst ergab. Die positive Servitut ist eine Erweiterung der positiven Eigenthumsbefugnisse unter Beschränkung der negativen auf der andern Seite, die negative eine Erweiterung der negativen unter Beschränkung der positiven. So erklärt sich die eigenthümliche Doppelnatur der Confessoria und Negatoria, wie daß der Eigenthümer, der eine einzelne Befugniß seines Eigenthums einklagen kann, sich diese in bestimmter Weise vom Nachbarn auch als Servitut bestellen lassen kann. Keller röm. Civilprocefs § 15. 28. Institutionen S. 65—68. Pandekten 1, 374—376. 405. 406 (§ 171. 183).

[73] Bei einer Wasserleitung gestaltete sich daher die Untheilbarkeit anders als bei einer Wegservitut, da eine divisio aquae tempore aut mensura möglich war. Julianus l. 5 pr. § 1 de aqua quotid. 43, 20. Ueber die muthmaßliche Entstehung der römischen Servituten vgl. Elvers die römische Servitutenlehre S. 1—16. 19—21 (Marburg 1856)

[74] Ihering Geist des römischen Rechts 2a, 215—216 Note 357 (zweite Auflage). Kindervater Jahrbuch des gemeinen Rechts 6, 132—133 (1863).

[75] Die Grenzbestimmung zwischen Usus und Ususfructus scheint stets schwankend geblieben zu sein. Vgl. die Anm. von Rudorff zu Puchta's Pandekten § 180 Note 6 (zehnte Auflage 1866). Keller Institutionen § 80.

[76] Schuldner ist freilich älter. Die ursprüngliche Form lautete aber ahd. sculo, goth. skula und findet sich so schon bei Ulfilas. Für Gläubiger wurde noch Ende des 15. Jahrhunderts auch Glauber gesagt: Haltaus gloss. germ. h. v.

[77] Bethmann-Hollweg römischer Civilprozeß (Bonn 1864) 1, 95—100. „Den Staat durch Gerichte hemmen oder zum Schadensersatz verurtheilen zu lassen, war ein den Römern fremder Gedanke." Nur über das dominium ex iure Quiritium, Eigenthum und eigenthumsähnliche Rechte, war ein Civilprozeß mit dem Staat möglich, weil der Einzelne als Paterfamilias hier ebenso souverän ist wie der Staat.

[78] Rudorff röm. Rechtsgesch. 1, 102. 2, 29—34. 78 (Leipzig 1857. 1859). Bethmann-Hollweg röm. Civilprozeß 1, 56—62.

[79] Mommsen Geschichte des römischen Münzwesens S. 169—176 (Berlin 1860).

[80] Viel länger erhielt sich der Einfluß der Religion auf die Zeit der Rechtspflege und der Zusammenhang des ordo iudiciorum mit dem römischen Kalender. Hartmann der Ordo Judiciorum und die Judicia extraordinaria der Römer S. 10. 16—19. 72—81. 139—154 (Göttingen 1859). Bethmann-Hollweg röm. Civilprozeß 2, 167—171.

[81] Keller Institutionen S. 30. 33. 98. Anders Leist Mancipation und Eigenthumstradition S. 147.

[82] Bethmann-Hollweg röm. Civilprozeß 1, 157—164. Ueber das Nexum im Allgemeinen: Keller Institutionen S. 33. 87—93. Rudorff röm. Rechtsgeschichte 2, 292—295.

[83] Die etymologischen Erklärungsversuche der Alten, die stipulatio von

stips Geld oder einem vermeintlichen Adjectivum stipulus fest ableiten, kommen für uns nicht in Betracht. Die gesammelten Stellen bei Keller Institutionen S. 94—96. Stipulari kann so wenig unmittelbar aus stips gebildet sein wie etwa fabulari aus faba. Die sprachlich richtige Ableitung ist vielmehr von stipula der Halm: Grimm Rechtsalterthümer S. 129. 940. In dieser Bedeutung ist stipula auch den klassischen Juristen bekannt, so l. 13 quibus modus ususfructus 7, 4 im Gegensatz zu spica, freilich ohne daß sie eine Ahnung von dem Zusammenhang des Worts mit stipulatio haben. Ob nicht die festuca, welche bei der Vindication gebraucht wurde, ursprünglich ebenfalls ein Halm war und erst später durch den Stab ersetzt wurde, als der Halm nicht mehr zur Hand war? Sie wäre dann das passende Correlat zu gleba. Die Erklärung bei Gai. 4, 16 quasi hastae loco scheint eher aus nationaler Eitelkeit entsprungen, wie auf positiver Ueberlieferung zu beruhen.

[84] Mommsen röm. Geschichte 1, 177. 178. 806. 807. Nitzsch die Gracchen und ihre nächsten Vorgänger S. 188. 189 (Berlin 1847). Die hier erwähnten Arten der Pacht sind wesentlich anderer Natur als die heutige. Merkwürdig, daß die sogenannte Theilpacht (partiarii) sich bis auf die Gegenwart in Italien erhalten hat. Roscher Nationalökonomik des Ackerbaues § 59. 60.

[85] Boeckh metrologische Untersuchungen S. 438 (Berlin 1838). Rudorff röm. Rechtsgeschichte 1, 60. Mommsen röm. Gesch. 1, 275. Geschichte des röm. Münzwesens S. 77. 196. 198. 206. 290. 293. 300. 306. 400.

[86] Nitzsch die Gracchen S. 70—74. Mommsen die römischen Tribus S. 72. 107. 110. 115 (Altona 1844).

[87] Keller Civilprocess S. 47. 70—75. Rudorff röm. Rechtsgesch. 1, 47. 48. 103. 2, 76 Note 9. 83. 84. Bethmann-Hollweg röm. Civilprozeß 1, 39. 53. 66. 150—155. 2, 15. 262—267. Worin im Einzelnen der Fortschritt bestanden habe, ist zweifelhaft, da die Nachrichten bei Gaius unvollständig sind, und über die Motive der Gesetze schon zu seiner Zeit gestritten wurde. Gai. 4, 20. Das aber scheint sicher, daß sich der Fortschritt nicht bloß auf das prozessualische Verfahren bezog und daß er wenigstens mittelbar mit der Errichtung der zweiten Prätur, dem Aufkommen des formlosen Darlehns und der Uebertragung der Stipulation auf die Fremden im Zusammenhang steht. Vielleicht ist hiernach die Streitfrage zu entscheiden, ob die Peregrinen des Legisactionenprozesses fähig gewesen seien oder nicht. Daß sie nicht aus dem Nexum oder einer Sponsion klagen konnten (legis actio per sacramentum und per manus iniectionem), ist wohl unzweifelhaft, schon weil sie keine Geschäfte per aes et libram oder per sponsionem abschließen konnten. Dagegen liegt kein Grund vor, weshalb sie nicht aus einem Darlehn oder einer Stipulation per condictionem hätten klagen können. Ließ man den Erwerb derartiger Forderungen durch Fremde zu, so mußte man ihnen auch eine Klagform gewähren, und weshalb hätte diese eine andere als die gesetzliche sein sollen?

Beiläufig bemerkt erklärt sich die Beschränkung der Geschäfte mit Erz

und Wage auf die Römer und Latiner wohl nicht bloß aus dem exclusiven Standpunkt des altnationalen Rechts, sondern zugleich aus dem System der persönlichen Rechte, da die Fremden, welche aus Sicilien oder Großgriechenland nach Rom kamen, längst an den Verkehr mit Silbergeld gewöhnt waren und keine derartigen Geschäfte kannten. Von allen Völkern des Alterthums haben nur die Römer längere Zeit ausschließlich die Kupferwährung gehabt.

[88] Mommsen röm. Geschichte 1, 806—807. Nach Degenkolb Platzrecht und Miethe S. 200—208 (Berlin 1867) wäre die Miethe zuerst eine Art einseitiger Realvertrag, eine precäre, entgeltliche Leihe gewesen, was auch bei uns im Mittelalter der Fall war. An eine Verwandtschaft der Worte locare und leihen ist indeß wohl nicht zu denken.

Keller röm. Civilpr. S. 28. 29. 67 scheint anzunehmen, daß die actio pro socio älter sei als die actio communi dividundo. Doch ist die historische Ordnung wohl eine andere als die systematische, indem die actiones finium regundorum, familiae herciscundae und communi dividundo gewiß längst vorhanden waren, ehe man die communio als Quasicontract auffaßte. Auch die actio mandati reicht vermuthlich in eine ziemlich frühe Zeit zurück. Ueber das Verhältniß von Mandat und Jussus vgl. Salpius Novation und Delegation S. 54—69.

[89] Bekker de emptione venditione quae Plauti fabulis fuisse probetur S. 4—9 (Berlin 1853). Keller Civilpr. S. 28. 67. 94—96. 130. Voigt Jus civile und ius gentium der Römer S. 546. 625. 651—665. 830—847. 866 (Leipzig 1858). Rudorff röm. Rechtsgesch. 2, 166—168. Demelius Zeitschrift für Rechtsgeschichte 2, 177—238 (1863). Bethmann-Hollweg röm. Civilprozeß 1, 166. 167. 2, 267. 268 (Bonn 1864. 1865). Bethmann-Hollweg vermuthet, daß wie die lex Silia und Calpurnia die Klagbarkeit des Certum erweiterten, ein Volksschluß des dritten Jahrhunderts auch die Legisactio per iudicis postulationem ausgedehnt habe. Aber warum noch ein anderes Gesetz neben der lex Aebutia? Es fehlt zu einer solchen Annahme doch an aller Ueberlieferung.

Ueber die lex Aebutia das Nähere bei Keller röm. Civilproc. S. 85—90. Rudorff Rechtsgesch. 1, 104—106. 148. 2, 91. 134. 234. Bethmann-Hollweg röm. Civilprozeß 2, 4—10. 13—18. 207—209.

[90] Rudorff Rechtsgeschichte 1, 96. Bethmann-Hollweg Civilprozeß 2, 687—689.

[91] Mommsen röm. Geschichte 3, 541.

[92] Rudorff Rechtsgeschichte 1, 157—162. Puchta Institutionen 2, 121—122 Note v. 206 Note aa. 558. 3, 116. 262 (Auflage von 1866).

[93] Es ist jedenfalls beachtenswerth, daß Gaius wohl die Consensual-, aber nicht die Realcontracte vollständig aufzählt: Gai. 3, 90—91. 135. Nur bei den Klagen 4, 47 werden die formulae in ius und in factum conceptae für Depositum und Commodat einander gegenüber gestellt. Es scheint hiernach zweifelhaft, ob man zu Gajus' Zeit schon pignus, depositum und commodatum mit dem mutuum unter Einen gemeinschaftlichen Gesichtspunkt ge-

bracht habe. Die Sache ist hier in ganz anderer Art Verpflichtungsgrund als dort.

[94] Ein Unterschied zwischen formellen und formalen Verträgen, wie ihn die moderne Theorie aufstellt, ist dem römischen Recht noch unbekannt. Zur Gültigkeit der Contracte gehört regelmäßig eine bestimmte Form, ist diese erfüllt (formell), so ist auch die rechtliche Verpflichtung begründet (formal), ohne daß auf das zu Grunde liegende materielle Geschäft, die innere Causa, Rücksicht genommen wird. Das Recht bleibt in der ältern Zeit bei der äußern, sinnlich wahrnehmbaren Erscheinung stehen, ohne die Verträge nach ihrem Inhalt zu sondern, sie individuell zu charakterisiren. Daher sind die sogenannten materiellen Contracte, bei denen die Causa der Gültigkeit in dem zu Grunde liegenden Geschäft selbst gefunden und deshalb keine besondere Form verlangt wird, als solche jünger: Tausch, Kauf, Darlehn, Zahlung. Später schreibt das Recht häufig auch für materiell bestimmte Verträge positive Formen vor, wie z. B. für die Schenkung, womit im Uebrigen an ihrem Wesen nichts geändert wird. Der letzte Schritt ist der, Formalcontracte ohne (bestimmte) Form anzunehmen: das heißt es wird vom Rechtsgrund ganz abstrahirt und schon an die einfache Willenserklärung die rechtliche Folge geknüpft. Die formellen Verträge sind also der innern Chronologie nach die ältesten, die abstract formalen die jüngsten. Ob letztere indeß willkürlich durch Privatübereinkunft möglich sind, ist zu bezweifeln.

Statt Formalvertrag schlägt Windscheid Lehrbuch des Pandektenrechts 2a, 196. 197 (Düsseldorf 1865) den Ausdruck reiner Vertrag vor, ein glücklicher Griff, wenn sich der Ausdruck Formalvertrag nicht schon in der Litteratur zu sehr eingebürgert hätte.

[95] Savigny vermischte Schriften 2, 413 (Berlin 1850. In dem Aufsatz über das Schuldrecht). Auch der Umfang der Nebenverabredungen, die in der lex mancipationis aufgenommen werden konnten, und die Art und Weise, wie andere Verträge mit dem Act verbunden wurden, ist bestritten. Keller Institutionen S. 32–33. Ihering Geist des römischen Rechts 2b, 574–576.

[96] Gneist die formellen Verträge des neuern römischen Obligationenrechts S. 180—224. 233—262 (Berlin 1845). Abweichend Schlesinger zur Lehre von den Formalcontracten S. 29—63. 79—90 (Leipzig 1858). Vgl. auch Salpius Novation und Delegation nach röm. Recht S. 211—220 (Berlin 1864). Bähr die Anerkennung als Verpflichtungsgrund S. 131—152 der zweiten Auflage (Cassel 1867).

Uebrigens führt auch bei der Stipulation die formale Natur wieder auf die formelle zurück. Die sinnliche Form ist gewiß älter als die Rücksicht auf den verpflichtenden Willen oder die Annahme eines fingirten Darlehns (Savigny System 5, 532—540), der Wille wird eben, wie es der ältern Zeit natürlich ist, von der Form abhängig gemacht und zwar so, daß neben dieser nicht auch noch der Wille als innerer Grund in Betracht kommt. Die Form der Stipulation aber war so frei, daß mit steigendem Verkehr das formelle Element gegen das formale zurücktrat, d. h. die Form war kein Hinderniß,

sondern ein bequemes Mittel für den Verkehr, jede beliebige Forderung zu einer gültigen, civilrechtlich wirksamen zu machen, was gerade für einen entwickelten Geldverkehr sich als Bedürfniß herausstellte. Demselben Bedürfniß, Verwandlung concreter Forderungen in abstracte, dient h. z. T. der Wechsel.

[97] Die Entwicklung scheint im letzten Jahrhundert der Republik begonnen zu haben. Vgl. im Allgemeinen Voigt über die Condictiones ob causam (Leipzig 1862) S. 226. 245. 248. 262. 283. 291. 302. 314. Ueber das Verhältniß der condictio indebiti zur condictio indebiti promissi insbesondere Salpius Novation und Delegation S. 287—300. — Wegen der Anomalie der condictio furtiva, wonach dem Dieb gegenüber selbst die eigne Sache condicirt werden kann, vgl. Rudorff röm. Rechtsgesch. 2, 126—127.

[98] Gaius 4, 47. 60. Liebe die Stipulation und das einfache Versprechen S. 256 (Braunschweig 1840). Rudorff Rechtsgesch. 2, 171—172. Dazu die oben Anm. 89 citirten Schriften.

[99] Liebe die Stipulation S. 345—355. Schlesinger zur Lehre von den Formalcontracten S. 199—202.

[100] Code civil art. 1138. 1583. Nicht ganz soweit geht das Schweizerische Handelsrecht, indem es die Frage nach dem Uebergang der Gefahr unabhängig von der Frage nach dem Uebergang des Eigenthums behandelt und die Entscheidung der letztern den kantonalen Gesetzen überläßt. Motive zu dem Entwurf eines schweizerischen Handelsrechts von Munzinger S. 256 (Bern 1865).

[101] Degenkolb Platzrecht und Miethe S. 193—196. 206—208.

[102] Savigny Obligationenrecht 2, 263 (Berlin 1853). Natürlich ist die Beweislast verschieden, je nachdem die materielle Causa mit zum Klaggrund oder zur Voraussetzung gemacht wird, die der Beklagte durch Einrede entkräften muß.

[103] Keller röm. Civilprocess S. 74. Bethmann-Hollweg röm. Civilprozeß 1, 154. Anders Rudorff Rechtsgeschichte 2, 84.

[104] Rudorff Rechtsgeschichte 2, 148. 149 Note 36.

[105] Letzteres ist sehr bestritten. Wir sind in unserer Darstellung lediglich Keller gefolgt. Keller Civilpr. S. 375—385. Rudorff Rechtsgesch. 2, 142 Note 7. 149—151. Ueber condictio certi und incerti nebeneinander Keller Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft 15, 141—148 (1850). Anderer Ansicht: Bethmann-Hollweg röm. Civilprozeß 2, 273—274. Salkowski zur Lehre von der Novation nach römischem Recht S. 12—28 (Leipzig 1866). — Nach Bechmann römisches Dotalrecht 1, 77 Anm. 1 (Erlangen 1863) wäre die Formel quantum aequius melius est lediglich bei der actio rei uxoriae vorgekommen. Allein sachlich wird dadurch an dem ursprünglichen Gegensatz der arbitria und iudicia und der von Keller angenommenen allmählichen Ausgleichung beider nichts geändert.

[106] Keller Pandekten 1, 478—483. 487 (1866). Puchta Pandekten § 250. 251. 303 (S. 395—398. 475—476 der zehnten Auflage). Freier ist die Disposition von Windscheid Lehrbuch des Pandektenrechts 2a, 198. 2b, 1—3. 26. 67 (Düsseldorf 1865. 1866). Ueber Real- und Consensualverträge

im heutigen Recht: Brinz Lehrbuch der Pandekten 1, 369—373 (Erlangen 1857). Demelius Jahrbücher für die Dogmatik 3, 399—410 (1859).

[107] Neuerdings ist mit vieler Gelehrsamkeit die Ansicht aufgestellt, daß das Naturrecht der Griechen auch materiell den größten Einfluß auf die Gestaltung des römischen Rechts gehabt habe. Voigt ius naturale, aequum et bonum, ius gentium der Römer S. 216. 236. 254—340. 476 (Leipzig 1856). Spuren eines solchen Einflusses sind in der That nachzuweisen, aber im Ganzen war die Methode der klassischen Juristen vielmehr eine praktische und rein empirische oder auch formal-logische wenn man will als eine speculative nach dem Muster und Vorbild der griechischen Philosophie. Was man auf Rechnung des Naturrechts setzen will, führt zumeist wieder auf nationale Rechtsansichten zurück, die ja sobald das Naturrecht einmal da war ihm beliebig untergeschoben werden konnten. Auch ist es weniger die Ableitung neuer, als die Begründung bereits entstandener Rechtssätze, wozu dasselbe gebraucht wird.

[108] Tryph. l. 64 de cond. indeb. 12, 6. Si quod dominus servo debuit, manumisso solvit — repetere non poterit, quia naturale agnovit debitum. Ut enim libertas naturali iure continetur et dominatio ex iure gentium introducta est, ita debiti vel non debiti ratio in condictione naturaliter intelligenda est. Ulp. l. 26 § 12 eod.: natura operas patrono libertus debet. Julian. l. 32 § 2 eod.: mulier si in ea opinione sit ut credat se pro dote obligatam — pietatis causa solutum repeti non potest.

[109] Puchta Institutionen 3, 59 (§ 268 a. E.). Vgl. auch Keller Pandekten 1, 497—503.

[110] Arnold Cultur und Rechtsleben S. 100—102. 325—327.

[111] Ulp. l. 9 § 2 de statu liberis 40, 7: — ea in obligatione consistere, quae pecunia lui praestarique possint. Nur so lange das Kupfer als Werthmünze galt, konnte man eine Schuld vielleicht ebenso gut mit Rohkupfer nach dem Gewicht als mit schweren Assen nach der Zahl tilgen. Doch wird es nicht leicht vorgekommen sein, da die Pfundasse nur etwa zwei Drittel des Pfundgewichts an Kupfer enthielten. Mommsen Geschichte des römischen Münzwesens S. 174. 190—195. 328. Wegen des Affectionsinteresses vgl. Papin. l. 54 pr. mandati 17, 1. Paul. l. 33 pr. ad legem Aquiliam 9, 2.

[112] Es giebt einzelne Ausnahmen, die aber die Regel nicht aufheben, sondern bestätigen. Die wichtigste bildet die Miethe mit dem Anspruch des Miethers auf frui licere. Hätte das Recht ihm ein Geldäquivalent substituirt, so wäre es mit dem Zweck des Geschäfts in unmittelbaren Widerspruch gerathen. Degenkolb Platzrecht und Miethe S. 168—169.

[113] Du Cange s. v. capitale und capitalium (bei Henschel 2, 140. 142). Ueber die Ausdrücke Zins, Rente und Geld vgl. Arnold zur Geschichte des Eigenthums in den deutschen Städten S. 61. 79. 88. 89.

[114] Ihering Geist des römischen Rechts 2a, 102—112 (zweite Aufl.). 2b, 459—461. Belege für das deutsche Recht bei Stobbe zur Geschichte des deutschen Vertragsrechts S. 31—49 (Leipzig 1855). Lübisches Recht vom

Jahr 1294 bei Hach das alte lübische Recht S. 343 art. 188 (Lübeck 1839).

[115] Hierauf hat namentlich Schlesinger zur Lehre von den Formalcontracten S. 95 mit Recht aufmerksam gemacht.

[116] Rudorff Rechtsgesch. 2, 73—74. Bethmann-Hollweg römischer Civilprozeß 2, 294.

[117] Keller röm. Civilprocess S. 374. Rudorff Rechtsgesch. 2, 124. 125. Bethmann-Hollweg röm. Civilprozeß 2, 262.

[118] Keller Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts 4, 362 (1860). Salpius Novation und Delegation S. 224—231 (Berlin 1864). Ob auch die Societas ursprünglich durch Stipulation vermittelt oder bekräftigt wurde? Dagegen ist die Miethe wahrscheinlich nicht aus zwei gegenseitigen Stipulationsversprechen hervorgegangen. Degenkolb Platzrecht und Miethe S. 195 (Berlin 1867). Bei ihrer innern Verwandtschaft mit dem Kauf (Gebrauchskauf) aber war es natürlich, daß man die Auffassung als doppeltes Geschäft beibehielt. Jedenfalls ist der Rechtsschutz des Miethers jünger als der des Vermiethers, weshalb der Miether mit dem Käufer auch nicht auf gleiche Linie gestellt wurde.

[119] Mit Recht bemerkt daher Bethmann-Hollweg röm. Civilprozeß 2, 283 Anm. 34, daß die wesentlich oder ungleich zweiseitigen bonae fidei actiones vollkommener als die schlechthin einseitigen stricti iuris obligationes seien. „Denn Gegenseitigkeit ist ein wesentliches Merkmal des vollkommenen Rechts."

[120] Vom Standpunkt des römischen Rechts ist es unmöglich, zum Begriff einer Singularsuccession in Obligationen zu gelangen: in das persönliche Band zwischen Gläubiger und Schuldner kann kein Anderer eintreten, ohne es zu zerstören und ein neues zu begründen. Zwar ist der Begriff der Succession als einer Rechtsnachfolge überhaupt nur bildlich zu nehmen, bei dem Eigenthum nicht minder als bei der Obligation. Denn auch der Käufer, der durch gerichtliche Auflassung oder Tradition ein Grundstück oder eine Waare erwirbt, succedirt nicht in das Recht des Verkäufers, sondern dieses geht unter und es entsteht ein neues. Das Eigenthum des Käufers ist eben nicht mehr das des Verkäufers, sondern sein eignes; nur die Sache bleibt, das Recht aber wechselt. Allein wo das Recht mit der Sache identificirt werden kann, wie es die Römer beim Eigenthum gethan haben, steht der Annahme einer eigentlichen Succession nichts im Wege, und ebenso wenig liegt für uns etwas Anstößiges darin, geradezu von einem Uebergang des Eigenthums oder einer Succession in dasselbe zu reden: die verkaufte Waare geht wirklich über, in ein Grundstück wird in der That succedirt. Nur wenn wir den Begriff des Eigenthums (im weitern Sinne) für die Obligation beibehalten, kommen wir auch zur Möglichkeit einer Succession in Forderungsrechte (activ) und Schuldverhältnisse (passiv): nicht in die Obligation selbst wird succedirt, sondern in das ihr zu Grunde liegende Object, in den Vermögenswerth oder das Capital als Analogon des Eigenthumsobjects, und zwar so wie es durch die frühere Obligation rechtlich qualificirt ist, in derselben Art wie das über-

tragene Eigenthum vom Recht des Vorgängers abhängig bleibt. Dies ist der Standpunkt des deutschen oder wenigstens des modernen Rechts, da in der ältern Zeit Capital und Rente wirklich als Eigenthumsrechte aufgefaßt wurden.

Jeder Succession liegt eine Fiction zu Grunde, der successio in rem nicht minder wie der successio in obligationem. In beiden Fällen ruht dieselbe darauf, daß mit dem Gegenstand zugleich das Recht übergehe, während im Grunde nur die Sache oder der Sachwerth das Bleibende ist. Bei der Universalsuccession (per universum ius) sind die Römer sogar noch einen Schritt weiter gegangen und haben eine successio in personam defuncti als denkbar fingirt: weshalb in diesem Fall allerdings nicht bloß die Objecte, sondern auch die Rechte daran auf den Erwerber übergehen, insofern dieser nämlich die Persönlichkeit seines Vorgängers selbst fortführt. Lassen wir den Begriff Succession einmal gelten, und es ist kaum abzusehen, wie ein Recht ohne ihn fertig werden könnte, so ist kein Grund vorhanden, ihn nur im Sinn der Römer zu nehmen und bei den Beschränkungen des römischen Rechts stehen zu bleiben. Noch weniger dürfen wir an der bildlichen Ausdrucksweise überhaupt uns stoßen, denn ursprünglich sind alle Rechtsbegriffe nichts anders als Bilder, und selbst das römische Recht, das doch besonders früh durch strenge Logik sich auszeichnete, hat deren eine Menge beibehalten. Arnold Cultur und Rechtsleben S. 399—404.

Der Streit über die Möglichkeit einer Succession in Forderungen und Schulden ist in der neuern Zeit mit großer Lebhaftigkeit geführt worden. Vgl. unter Andern: Kuntze die Lehre von den Inhaberpapieren S. 233—250 (Leipzig 1857). Salpius Novation und Delegation nach römischem Recht S. 345—354 (Berlin 1864). Bethmann-Hollweg röm. Civilprozeß 2, 429 Anm. 101. 451 Anm. 188 (Bonn 1865). Puchta Pandekten S. 437—438 der zehnten Auflage mit dem Zusatz von Rudorff (Leipzig 1866).

[121] Salpius Novation und Delegation S. 99.

[122] Bähr zur Cessionslehre in den Jahrbüchern für die Dogmatik des Rechts 1, 351—500 (1857). Salpius Novation und Delegation nach römischem Recht S. 388—432 (Berlin 1864). Siehe dagegen Salkowski zur Lehre von der Novation S. 249—254 (Leipzig 1866). Nach den Untersuchungen von Salpius stellt sich die Geschichte der Cession im neuern römischen Recht zum Theil anders, als seit Mühlenbruch allgemein angenommen wurde, allein der Gegensatz der römischen und deutschen Auffassung und vor Allem der verschiedene Ausgangspunkt beider Rechte wird dadurch nicht wesentlich alterirt.

[123] Das Verdienst, zuerst auf den Gegensatz beider Rechte aufmerksam gemacht und den Standpunkt des deutschen wissenschaftlich begründet zu haben, hat Delbrück die Uebernahme fremder Schulden S. 5—8. 18. 36. 49. 55. 69. 81—100. 104—107 (Berlin 1853). Siehe dagegen Salpius Novation und Delegation S. 507—512. Die weitere Litteratur bei Puchta Pandekten § 285a (Zusatzparagraph von Rudorff S. 447—449 der zehnten Aufl. 1866). Ueber den Zins- und Rentverkehr des spätern Mittelalters: Arnold zur

Geschichte des Eigenthums in den deutschen Städten S. 116—138. Fr. von Wyß die Gült und der Schuldbrief nach zürcherischen Rechten in der Zeitschrift für schweizerisches Recht 9, 3—67 (Basel 1861).

[124] Savigny Obligationenrecht 2, 48—73 (Berlin 1853). Die Hauptstelle Modest. l. 53 de acquir. rerum dominio 41, 1 ist unsicher und der Interpolation verdächtig. Puchta Institutionen 2, 308 Note n (sechste Auflage 1866). Thöl Handelsrecht S. 96—104 (dritte Auflage 1854). Die Unmöglichkeit der sogenannten freien Stellvertretung, die von Thöl behauptet wird, ist indeß nur nach römischen Begriffen zuzugeben.

[125] C. 68. 72 de reg. iur. VI. 5, 12: potest quis per alium quod potest facere per se ipsum; qui facit per alium est perinde ac si faciat per se ipsum. Hach lüb. Recht S. 346 art. 194. Die Stelle steht zwar in einem andern Zusammenhang, allein die deutschrechtlichen Grundsätze der Vindication (Hand muß Hand wahren) gehen zum Theil noch über das Princip der freien Stellvertretung hinaus.

Bekannt ist die Erzählung von einem großen Bankiergeschäft, dessen Commis mehr gezahlt hatte, als es schuldig war. Als der Empfänger den Ueberschuß zurückliefern wollte, wurde er mit den Worten abgewiesen „das Haus irrt sich nicht".

[126] Die Principien sind übrigens nicht zu allen Zeiten gleich gewesen und selbst von den klassischen Juristen nicht ganz gleichmäßig behandelt worden. Bethmann-Hollweg römischer Civilprozeß 2, 284—285.

[127] Daher die reiche Litteratur über den Beweis und die Beweislast bei der Culpa: Puchta Pandekten § 267 Note w von Rudorff.

[128] Schwabenspiegel bei Lassberg 223: *wir sprechen daz der man froemedez gûtes baz solte hûten danne sin selbes gûtes.* Die einzelnen Sätze des Artikels sind aber, wie es scheint durch Versehen des Abschreibers, verstellt und gehören in folgenden Zusammenhang, womit der Sinn im Anschluß an Art. 222 vollständig hergestellt wird. *Liket ein man einem andern man ein pherit vmbe lon an eine stat. vnd benennet im die. vnd nv̂t verrer. swaz dem pherit geschiht. vntz an die stat. wirt ez verstolen oder gerovbet. geschiht im daz. e. daz ez an die stat kvmet dv̂ da genant ist. so gelte er ez nv̂t. ob er sin also gehûtet hat alse er solte. wir sprechen daz der man froemedez gûtes baz solte hûten. danne sin selbes gûtes. vnde ritet er fv̂rbaz. wirt ez danne verstoln. daz mûz er gelten. ane den gemeinen tot.* Den Sinn hat Stobbe zur Geschichte des deutschen Vertragsrechts S. 242 richtig wiedergegeben. Die Hdschr. bei Wackernagel 185 ziehen die drei Artikel 222—224 in einen zusammen.

[129] Schwabenspiegel bei Lassb. 201 e. 258 a. Nach dem Sachsenspiegel 3, 5 § 3 braucht dagegen der Depositar nur zu beschwören, daß ihm das fremde Gut ohne seine Schuld abhanden gekommen sei. Wegen des römischen Rechts vgl. Puchta Pandekten § 266 Note h.

[130] Die Haftung für Zufall und das Recht des Anfangs entsprechen sich zwar nicht immer. So hat nach den Goslarer Statuten der Deponent

den Anfang, nach dem Münchener Stadtrecht der Depositar, obwohl der letztere nur für Schuld haftet. Göschen die Goslarischen Statuten S. 82. 98. 310. 500 (Berlin 1840). Auer Stadtrecht von München Art. 92. 177. 191 (München 1840). Allein der Erfolg wird doch derselbe sein. Denn wenn der Depositar mit dem Anfang die gestohlene Sache erklagt, so hat auch der Deponent die Contractsklage wieder, da der Einwand des unverschuldeten Verlusts ihr nicht mehr im Wege steht. Weigert sich aber der Depositar, die Sache herauszugeben, so hat der Eigenthümer jetzt gegen ihn den Anfang.

[131] Paulus l. 1 pr. de contrah. emtione 18, 1: — sed quia non semper nec facile concurrebat, ut quum tu haberes quod ego desiderarem, invicem ego haberem quod tu accipere velles, electa materia est, cuius publica ac perpetua aestimatio difficultatibus permutationum aequalitate quantitatis subveniret; eaque materia, forma publica percussa, usum dominiumque non tam ex substantia praebet quam ex quantitate —. Paulus spricht also nur davon, wie und warum das Geld den Tausch in Kauf verwandelt. Eine erschöpfende Definition desselben hat er vielleicht gar nicht beabsichtigt. Vgl. dazu Knies Zeitschrift für die gesammte Staatswissenschaft 14, 265—271 (Tübingen 1858). Horn Bankfreiheit S. 18—21. 32—36. 48. 59. 426 (Stuttgart und Leipzig 1867). Dagegen ist vom speciell rechtlichen Standpunkt aus zuzugeben, daß die Eigenschaft des Geldes als eines allgemeinen Werthmessers nur eine Nebenfunction bildet: Gustav Hartmann über den rechtlichen Begriff des Geldes und den Inhalt von Geldschulden S. 5—9. 32—35. 50. 55—57. 66. 67. 114 (Braunschweig 1868). Materiell aber sind beide Functionen, Tauschmittel und Werthmesser, untrennbar verbunden.

Die uralte Streitfrage, ob bei dem Geld mehr die Eigenschaft als einer im freien Verkehr allgemein willkommenen Waare (φύσις), oder die öffentliche Feststellung desselben als Werthrepräsentanten (νόμος) in Betracht komme, ist selbstverständlich nicht für alle Zeiten und Völker gleich zu beantworten. Jedenfalls ist das Geld bei uns viel mehr und viel länger eigentliche Waare geblieben als in Rom. Daher legt Mommsen Geschichte des römischen Münzwesens Vorrede S. VI. VII. IX. X. mit Recht das Hauptgewicht auf die öffentliche Stempelung, wie denn die pecunia signata forma publica populi Romani auch rechtlich vor jeder andern Sache oder Münze ausgezeichnet war.

[132] Grimm deutsches Wörterbuch 1, 539 (s. v. arbeit). Das Wort geht zwar nicht unmittelbar auf arjan pflügen zurück, bedeutet aber dem Sinn nach ebenso wie das slavische rabota (Robot) ursprünglich knechtische Feldarbeit. Ueber den durch die Sclaverei bedingten weitern Unterschied zwischen antiker und moderner Production, wonach jene auf das einzelne Haus beschränkt blieb und weder eine außerhalb desselben stehende gewerbliche Gliederung noch eine qualitative Vertheilung des Volksvermögens gestattete, vgl. die sehr beachtenswerthen Untersuchungen von Rodbertus Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik 4, 343—346. 5, 280—281. 298—299 (Jena 1865).

[133] Roscher Ansichten der Volkswirthschaft aus dem geschichtlichen

Standpunkt S. 15—22 (Heidelberg 1861). Arnold zur Geschichte des Eigenthums in den deutschen Städten S. 88. 116. 225 (Basel 1861).

[134] Auch die Ausdrücke fidem alicuius sequi, rem credere, fiduciae dare gehen nur auf das persönliche Vertrauen, welches man in die Treue oder Redlichkeit eines Andern setzt. Ebenso ist die Definition, welche Ulpian. l. 1 de rebus creditis 12, 1 giebt, einseitig und nicht erschöpfend: — credendi generalis appellatio est. ideo snb hoc titnlo praetor et de commodato et de pignoro edixit: nam cuicnnqne rei assentiamur alienam fidem secnti, mox recepturi qnid ex hoc contractn, credere dicimnr. Faustpfand, Commodat und Depositum, welche das römische Recht zuletzt ebenfalls unter den Begriff der Creditgeschäfte brachte, sind nur uneigentlich solche. Denn hier kommt es allein auf den guten Willen, nicht auf die Solvenz des Schuldners an. Der Gläubiger, beziehungsweis Pfandschuldner, verläßt sich einfach darauf, daß der Empfänger der Sache kein Dieb oder Betrüger ist.

[135] Arnold zur Geschichte des Eigenthums S. 119—124. Heusler die Bildung des Concursprozesses nach schweizerischen Rechten in der Zeitschrift für schweizerisches Recht 7, 119—126 (Basel 1858). Fr. von Wyß die Schuldbetreibung nach schweizerischen Rechten das. 7, 18—20.

[136] Das Wort Familie ist erst seit dem Anfang des vorigen Jahrhunderts bei uns üblich geworden, dann aber mit Macht allenthalben eingedrungen, wie die große Menge von Zusammensetzungen zeigt. Grimm dentsches Wörterbnch s. v. familie 3, 1305—1309.

[137] Roßbach Untersuchungen über die römische Ehe S. 12. 14. 17. 23—26. 28—30. (Stuttgart 1853). Mit diesem Gang stimmt die allmähliche Entwicklung der Rechtsbegriffe überhaupt vollkommen überein. Arnold Cultur und Rechtsleben S. 327—329. 334. 335.

[138] Roßbach Untersuchungen über die römische Ehe S. 86. 95. 144. 240. 245. „Der Widerwille gegen den Kauf äußert sich zuerst bei den Patriciern wie bei den Brahmanen." Zu dem veränderten sittlichen kommt das veränderte wirthschaftliche Bewußtsein hinzu. Etwas abweichend Karlowa die Formen der römischen Ehe und Manus (Bonn 1868) S. 3—4, der jedoch schon mehr die spätern Verhältnisse vor Augen hat. In der beglaubigten römischen Geschichte treten allerdings Coëmtion und Confarreation bereits als besondere Eheformen für die beiden Stände auseinander.

[139] Die coëmtio für eine künstlich geschaffene Eheform zu halten, wie Karlowa die Formen der römischen Ehe S. 46—48 will, geht gegen die geschichtliche Analogie. Ist die von ihm nach Gellius 4, 3 restituirte Formel richtig (te ego ex iure Qniritinm in manu mancipioque meo esse aio estoqne mihi emta hoc aere aeneaque libra), so möchte darin auch ein Beweis liegen, daß das raudnsculnm nicht der Frau, sondern ihrem Vater oder Vormund gegeben wurde. Die Frau konnte sich nicht selbst in ein dem Mancipium analoges Verhältniß bringen, da die Freiheit nach römischen Begriffen nicht der Privatdisposition unterworfen war. Daß sie keine Sclavin des Mannes wurde, sondern nur in das durch die Sitte bestimmte Verhältniß

kam, verstand sich von selbst. Aber der Ausdruck manu mancipioque würde dasselbe auch rechtlich scharf und treffend bezeichnen.

[140] Grimm Rechtsalterthümer S. 429. Bei den Germanen trat diese Aussteuer zurück gegen die sogenannte dos legitima oder den Kaufpreis für die Frau. So erklärt sich Tacitus Germania c. 18: dotem non uxor marito, sed uxori maritus offert.

[141] Daß die dotis dictio von jeher nur eine lex sponsalibus dicta und nicht auch bei der Eheschließung möglich gewesen sei, wie Bechmann römisches Dotalrecht 2, 90—95 (Erlangen 1867) auszuführen sucht, ist wohl zu bezweifeln. Wenigstens könnte sie für die ältere Zeit ebenso gut auch ein selbständiges Rechtsgeschäft bezeichnen, etwa analog dem deutschen Ausspruch.

[142] Roßbach Untersuchungen über die römische Ehe S. 157. 248. Karlowa Formen der römischen Ehe S. 68—72. 87—108. Nach Karlowa wäre der Usus nicht gleich der erste Versuch gewesen, die Manus aufzugeben, sondern nur ein Mittel, etwaige Fehler der Coëmtion auszugleichen. Diese Annahme würde allerdings der allgemeinen Bedeutung der Usucapion besser entsprechen. Indeß wird der Usus doch erst gleichzeitig mit dem Trinoctium in häufigern Gebrauch gekommen sein. Die Ergänzung eines an sich mangelhaften Erwerbs könnte bei dem Usus nicht dieselbe Bedeutung haben wie bei der Usucapion von Sachen.

[143] Die Lasten der Ehe natürlich im antiken, nicht im modernen Sinne genommen. Darnach galt die Ehe, wenigstens in der spätern Zeit des Verfalls, selbst als eine Last. Bechmann römisches Dotalrecht 1, 22—23 (Erlangen 1863).

[144] Die geschichtliche Ausbildung des Rückforderungsrechts und der damit verbundenen Retentionen näher erörtert bei Bechmann röm. Dotalrecht 1, 52—106. Für das edictum de alterutro findet sich eine Analogie auch in den spätern Rechtsquellen des Mittelalters, wonach die Wittwe die Wahl hat, ob sie ihr Eingebrachtes oder eine Quote des Gesammtnachlasses nehmen will. Mit Recht hat Bechmann darauf aufmerksam gemacht, daß die Dos nicht bloß für die Ehe, sondern auch für die Kinder bestimmt gewesen sei. Erst als das Erbrecht derselben der Mutter und später den mütterlichen Ascendenten gegenüber anerkannt war, hörte die Bestimmung der Dos, in zweiter Linie zugleich als mütterliches Erbe den Kindern zu dienen, allmählich auf.

[145] Keller Institutionen S. 190—197.

[146] Tryphon. l 75 de iure dotium 23, 3. Quamvis in bonis mariti dos sit, mulieris tamen est . . . quamvis apud maritum dominium sit . . . cuius etiam causa matrimonii onera maritus sustinet.

[147] Ulp. l. 1. Paulus l. 2 de donationibus inter virum et uxorem 24, 1.

[148] Dies thut insbesondere Hahn in seinem übrigens sehr verdienstlichen Buch: die materielle Uebereinstimmung der römischen und germanischen Rechtsprincipien S. 226—269 (Jena 1856). S. dagegen Ihering Geist des römischen Rechts 3a, 251—254. 267—271. Ueber die pacta dotalia und ihre Beschränkung Keller Pandekten 2, 203—205. Bechmann Dotalrecht 2, 380—395.

[149] L. 5 de lege Pompeia de parricidiis 48, 9.

[150] Auch den Staat gründet Aristoteles auf das Haus in diesem Sinn. Das vollständige Haus aber besteht ihm aus Sclaven und Freien. Aristoteles polit. 1, 2 § 1: πᾶσα γὰρ πόλις ἐξ οἰκιῶν σύγκειται ... οἰκία δὲ τέλειος ἐκ δούλων καὶ ἐλευθέρων.

[151] Anders bei dem Verkauf in eine freie Familie, wobei das Kind von dieser als eignes aufgenommen wurde, der römischen Adoption entsprechend. Grimm Rechtsalterthümer S. 461—464.

[152] Gaius 1, 140 Keller Institutionen S. 199. Ihering Geist des römischen Rechts 2a, 172—175 (der zweiten Auflage).

[153] Keller Institutionen S. 201—203. Puchta Institutionen 3, 133 Note o (fünfte Auflage 1866).

[154] Livius 7, 16: eodem anno C. Licinius Stolo a M. Popillio Laenate sua lege decem millibus aeris est damnatus, quod mille iugerum agri cum filio possideret emancipandoque filium fraudem legi fecisset. Ihering Geist des röm. Rechts 2b, 494—495. 3a, 251. S. auch Keller Institutionen S. 204—207.

[155] Rudorff das Recht der Vormundschaft 1, 40 (Berlin 1832) Kraut die Vormundschaft nach den Grundsätzen des deutschen Rechts 1, 31 (Göttingen 1835). Gaius 1, 192: ut neque per testamentum excludantur neque . . . minus locuples ad eos hereditas perveniat. Wenn Rive, gestützt auf nordische Quellen, den Grund der Vormundschaft nicht in der Wehrlosigkeit, sondern in den Interessen der Familie und der Willensunfähigkeit des Mündels findet, so sind das für die ältere Zeit durchaus keine Gegensätze. Der Schutz Wehrloser erschöpft allerdings nicht das Wesen der Vormundschaft, aber er ist für die ältere Zeit jedenfalls die Hauptsache. Der Familienschutz wird eben durch die Vormünder ausgeübt. Die nordischen Quellen gehören sämmtlich schon einer jüngern Culturperiode an; daß sich insbesondere Colonien (Island) rascher entwickeln als das Mutterland, ist eine alte Erfahrung, die sich zu allen Zeiten wiederholt und bereits von den Griechen gemacht worden ist. Rive Geschichte der deutschen Vormundschaft 1, 28. 33. 40. 75. 80. 97. 157. 188. 191—193. 226. 231. 2, 13. 69. 73. 121. 125. 151—153. 175 (Braunschweig 1862. 1866).

[156] Kraut die Vormundschaft 1, 25. 31. 67. 100. 110. 132. 144. Rudorff Recht der Vormundschaft 1, 40. 43.

[157] Rudorff röm. Rechtsgeschichte 1, 70. 71.

[158] Kraut Vormundschaft 1, 94. 202. 205. 209. 221.

[159] Vgl. darüber die schöne Erörterung bei Rudorff Recht der Vormundschaft 1, 170—176. Ueber die deutschen Bezeichnungen in den Quellen des Mittelalters Kraut Vormundschaft 1, 5—7.

[160] Kraut Vormundschaft 2, 31. 42. 48. 54—85 (Göttingen 1847).

[161] Rudorff Recht der Vormundschaft 2, 318—322 (Berlin 1833). Kraut Vormundschaft 1, 367. 2, 15.

[162] Böhmer Frankfurter Urkundenbuch S. 78 (1248). 128 (1262). 174 (1275). 331 (1300). 344 (1302). 421 (1315).

[163] Göschen Goslarische Statuten 112[22]. Schwabenspiegel bei Lassb. 60. 63. 64. Das Nähere bei Kraut Vormundschaft 2, 24—32.

[164] Ulpian. l. 1 pr. de curat. furioso dandis 27, 10: quod moribus quidem ab initio introductum est. Rudorff Recht der Vormundschaft 1, 129. Kraut 2, 210—212.

[165] Gaius 1, 150—154. Rudorff Recht der Vormundschaft 1, 275. Roßbach Untersuchungen über die römische Ehe S. 399. Keller Institutionen S. 180. 260—263. Jhering Geist des römischen Rechts 3a, 266—271. Karlowa die Formen der römischen Ehe S. 90—108.

[166] Karlowa die Formen der römischen Ehe l. c. Keller Institutionen S. 261.

[167] Keller Institutionen S. 307.

[168] Leist die bonorum possessio, ihre geschichtliche Entwicklung und heutige Geltung 1, 31 (Göttingen 1844).

[169] Etwas abweichend Leist bonorum possessio 1, 4—6, der die Necessarietät der Sui aus der väterlichen Gewalt ableitet. Allein dieser Grund könnte für sich allein wohl nur bei der testamentarischen Succession entscheidend gewesen seien. Wie man im ältern Recht die Familienverhältnisse als Eigenthumsrechte auffaßte, so wurden umgekehrt diese auch als Familienrechte aufgefaßt. Daß übrigens die Gebundenheit des altrömischen Hauses und die Strenge der väterlichen Gewalt die Möglichkeit einer andern als der in der Sitte begründeten Auffassung ursprünglich gar nicht aufkommen ließ, soll damit durchaus nicht geläugnet werden. Hinsichtlich der spätern Anschauung vgl. die bei Leist 1, 4 angeführten Stellen, die sich noch durch andere, wie z. B. l. 11 de lib. et post. 28, 2 vermehren ließen.

[170] Leist bonorum possessio 1, 17. 40. 44. 51. 117.

[171] Ueber das ganze Justitut die trefflichen Untersuchungen von Leist bonorum possessio 1, 19—36. Dazu Huschke Zeitschr. für geschichtl. Rechtswissensch. 14, 145 (1848). Keller Institutionen S. 248—254. Die Veränderung, die mit der pro herede usucapio vorgegangen war, bezeugt Gai. 2, 54. 55.

[172] Papin. l. 15 § 2. Ulp. l. 24 de inoff. testam. 5, 2.

[173] Keller Institutionen S. 255—260. Leist bonorum possessio 1, 168—169.

[174] Rudorff röm. Rechtsgesch. 1, 53—59.

[175] Die Belegstellen bei Roscher Grundlagen der Nationalökonomie I. § 86.

[176] Cicero de orat. 1, 38 (175). Vgl. dazu Heineccius antiq. Romanarum syntagma ed. Haubold S. 444 (Frankfurt 1822). Adolf Schmidt das formelle Recht der Notherben S. 57. 58 (Leipzig 1862). Bis auf Cicero's Zeit hätte hiernach auch bei dem Sohn exheredatio inter ceteros genügt. Der erzählte Fall kann indeß aus früherer Zeit sein. Er findet sich auch bei Valerius Maximus VII. 7, 1 und scheint eine gewisse Berühmtheit gehabt zu haben.

[177] Leist bonorum possessio 2, 43—90 (Göttingen 1848). Abweichend

Schmidt das formelle Recht der Notherben S. 59. 68. 71. 73. 86. Gai. 2, 123—132. Ulp. 22, 15—22.

[178] Das Nähere bei Leist bonorum possessio 2, 108—112. 115. 127—138. Ueber die Collation Keller Institutionen S. 313—318. Schmidt das formelle Recht der Notherben S. 107—120.

[179] Vgl. z. B. Gaius l. 4 de inoff. test. 5, 2. Valerius Maximus memorab. VII. 7. 8.

[180] Die lex Glicia, die wie man früher meinte die Klage gegen pflichtwidrige Testamente eingeführt haben soll, ist aller Vermuthung nach keine andere als die lex Falcidia, nach deren Analogie nur die Größe des Pflichttheils auf ein Viertel der Erbschaft bestimmt wurde. Rudorff röm. Rechtsgesch. 1, 58—59. Cicero in Verrem 1, 42. Valerius Maximus memorab. VII. 7, 5.

[181] Ulpian. l. 1 de inoff. test. 5, 2. l. 1 C. Theod. de inoff. test. 2, 19. l. 27 C. eod. 3, 28. Keller Pandekten 2, 446 (Leipzig 1867).

[182] Puchta Pandekten S. 721. 722 Note m und die daselbst citirten Stellen. Puchta Vorlesungen über das heutige römische Recht, herausgegeben von Rudorff II. § 490. Keller Pandekten 2, 453—455.

[183] Plinius epist. 5, 1. Puchta Institutionen 2, 343.

[184] Aehnlich Marcellus l. 3 de inoff. test. 5, 2: quod plerumque accidit, quum falso parentes instimulati liberos suos vel exheredant vel praetereunt.

[185] Zürcher Gesetzbuch § 2027—2041, in der Ausgabe mit Anmerkungen von Bluntschli 3, 116—128. Dabei ist indeß zu erinnern, daß die Dispositionsbefugniß ehedem in Zürich wie in manchen andern Städten viel weiter eingeschränkt war, daß daher die Bestimmungen des Gesetzbuchs im Vergleich zum ältern Recht einen Fortschritt zur Testirfreiheit enthalten. Das Gesetzbuch nimmt auch die Ehegatten unter die Zahl der Pflichttheilsberechtigten auf und weist ihnen drei Viertheile der gesetzlichen Erbschaft zu.

[186] Auf eine Polemik in dieser neuerdings vielfach erörterten Streitfrage können wir uns nicht einlassen. Die Litteratur s. bei Gerber System des deutschen Privatrechts, 9. Auflage 1867 S. 651. Einen Beweis für die Parentelenordnung hat Homeyer auch aus der Vererbung der Hausmarken beigebracht: die Stellung des Sachsenspiegels zur Parentelenordnung S. 5 (Berlin 1860). Ebenso Bluntschli aus dem alten Zürcher Stadterbrecht von 1419: Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft 9, 99—156 (1838). Daß die Parentelenordnung erst aus der bekannten theoretischen Erörterung von Majer Germaniens Urverfassung S. 76—108 (Hamburg 1798) hervorgegangen sei, ist doch kaum glaublich. Wie wären denn die Primogeniturordnungen seit dem fünfzehnten Jahrhundert entstanden? Und die Nachrichten bei Tacitus Germania c. 20, so unvollständig sie sind, lassen sich ebenfalls nur mit einer Parentelenfolge in Einklang bringen. Eher könnte man umgekehrt behaupten, daß bis auf die neueste Zeit die Parentelenordnung ausdrücklich oder stillschweigend in allen unsern Quellen vorausgesetzt werde, in

den ältern Stammrechten so gut wie im Sachsenspiegel und den spätern Particularrechten bis auf die Reception des römischen Rechts.

[187] Diocl. et Maxim. l. 17 C. de nuptiis 5, 4.

[188] Wenigstens zu Gajus' Zeit, während es ehedem bestritten gewesen sein soll, ob nicht Stammtheilung einzutreten habe. Gai. 3, 16. Leider sind unsere Nachrichten über die alte legitima hereditas sehr dürftig. Puchta Institutionen 3, 192—195. Sehr charakteristisch ist die von Rudorff Note b angeführte Stelle Papinian. l. 7 § 1 si tabulae test. non exstabunt 38, 6, worin der römische Jurist es der Mühe werth hält, noch besonders zu erklären, warum den Eltern nicht in gleicher Weise die Erbschaft der Kinder gebühre wie diesen die Erbschaft der Eltern.

[189] Gerstlacher Handbuch der teutschen Reichsgesetze 10, 2484 (Stuttgart 1791). Der Wormser Reichstag von 1521 hatte die Entscheidung weiterem Rathschlag vorbehalten.

[190] Die Ansätze der Novelle 118 zur Parentelenordnung sind neuerdings auch von Andern hervorgehoben worden. S. die Anmerk. von Rudorff zu Puchta Pandekten S. 676 (1866).

[191] Grimm Rechtsalterthümer S. 471. 472. Eichhorn deutsche Staats- und Rechtsgeschichte 1, 238. 378 (fünfte Auflage Göttingen 1843). Sachsenspiegel 1, 5 § 1. Hessische Landesordnungen 1, 4 (Cassel 1767). Gerstlacher Handbuch der teutschen Reichsgesetze 10, 2475—2483. Wo das römische Recht nicht eindrang wie in der Schweiz, hat sich der Ausschluß der Repräsentation zum Theil noch viel länger erhalten. So wurde dieselbe in Zürch z. B. erst durch Rathsbeschluß von 1581 eingeführt. Bluntschli Zeitschrift für gesch. Rechtsw. 9, 133.

[192] Es ist daher nicht zu billigen, wenn das Zürcher Gesetzbuch (§ 1934) in der dritten Parentel das Eintrittsrecht noch anerkennt, aber mit der Linie der Geschwisterkinder aufhören läßt. Denn entweder gilt reine Parentelenordnung, dann schließt der nähere Grad den entferntern aus, oder es gilt Repräsentation, dann ist es inconsequent, diese innerhalb der Parentel wieder zu beschränken. Nach Zürcher Recht kann z. B. der zufällige Umstand, ob ein Vetter einen Tag vor oder nach dem Erblasser gestorben ist, möglicher Weise eine ganz andere Vertheilung der Erbschaft hervorrufen. Unser älteres Recht, das keine Repräsentation kannte, rief freilich in jeder Parentel die Erbberechtigten nur nach der Nähe des Grades, gleichstehende also stets nach Köpfen. Und in diesem Sinn war es vollkommen richtig, daß der Speierer Reichsabschied von 1529 die alte Controverse der Glossatoren zu Gunsten der Kopftheilung entschied.

[193] Sydow Darstellung des Erbrechts nach den Grundsätzen des Sachsenspiegels S. 106—108. 111. 142—144 (Berlin 1828).

[194] Zürcher Gesetzbuch § 1932 bei Bluntschli 3, 43. 44.

[195] Oestreichisches allgemeines bürgerliches Gesetzbuch § 731—751 in der commentirten Ausgabe von Zeiller 2b, 717—743 (Wien 1811—1813).

[196] Arnold Cultur und Rechtsleben S. 195. 238. 288.

A. W. Schade's Buchdruckerei (L. Schade) in Berlin, Stallschreiberstr. 47.





